DIREITO E POLÍTICA
Organizador:
Ney Bello
idp

Ney Bello (Organizador)

Direito e Política

1ª edição

Autores

Alberto Cascais

Alda Fernanda Sodré Bayma Silva

David Abdalla Pires Leal

Diego Ferreira de Oliveira

Jair Araújo Facundes

Juraci Guimarães Júnior

Maurício Oliveira Amorim

Mônica Teresa Costa Sousa

Ney De Barros Bello Filho

Renata Caldas Barreto

Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

Idp
MESTRADO

DIREITO E POLÍTICA

A Escola de Direito de Brasília, mantida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, através de seu programa de pós-graduação *stricto sensu* em direito, vem incentivando a pesquisa e a produção científica desde a perspectiva do intercâmbio necessário entre instituições de ensino superior com seus diversos programas de mestrado e doutorado.

Também é do interesse do Programa a conexão cada vez mais firme com Instituições do Sistema de Justiça que permitam ao mestrando do IDP conectar-se também com os operadores do direito, produzindo conhecimento em interface com a aplicação do direito em situações concretas.

O presente Ebook que vem a público representa a mais estreita conexão entre dois programas de mestrado – Universidade Federal do Maranhão e Instituto Brasiliense de Direito Público – e cuida de uma das relações mais claras no universo jurídico contemporâneo: as relações entre Direito e Política.

Dele constam artigos de professores dos Programas de Mestrado em Direito da UFMA e do IDP, Ney Bello e Mônica Costa, consolidando a parceria que claramente já vem se delineando há algum tempo. Também estão presentes artigos de dois ex-discentes, hoje mestres em direito pelo IDP – Alberto Cascaes e Jair Facundes –, três artigos de ex-discentes e hoje mestres em direito pela UFMA – Juracy Guimarães, Renata Barreto e Alda Silva – além da participação de alunos do PPGD/UFMA Maurício Amorim, Davi Leal e Diego Oliveira.

A compreensão institucional do direito, que o toma como instrumento constituído em meio ao jogo de poder, cristalizando decisões que antes de serem jurídicas são opções políticas faz com que suas relações com a ideia de política sejam necessárias e inafastáveis. Não é possível compreender o direito longe deste teatro de discussões, na medida em que a produção jurígena se dá com reflexo de uma opção política.

Na coletânea que o leitor aprecia, a Prof. Mônica Costa e seu orientando de mestrado Davi Leal, ambos do Programa de Pós Graduação em Direito da UFMA, publicam o artigo *COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE*

PRAGMÁTICA DA IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DO INSTITUTO PARA O COMBATE AO CRIME COM O MENOR CUSTO PARA O ESTADO, onde discutem o instituto da Colaboração Premiada a partir do viés de sua importância para a realização de uma opção política de Estado e de Governo que é a recuperação de ativos e bens desviados do patrimônio público.

Neste Ebook será tratada por Alberto Cascaes, no artigo intitulado *A LEI DA FICHA LIMPA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES NO PLEITO ELEITORAL*, a mais estreita relação entre o interesse político e o instrumento jurídico. A compatibilidade constitucional entre a lei e um direito fundamental à participação política opera como pano de fundo.

Em derredor do mesmo tema, mas com enfoque distinto, o mestre em direito pela UFMA, Juracy Guimarães aborda a lei da ficha limpa, e sua dimensão político jurídica no artigo *A CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA QUE DETERMINOU O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO DEFINITIVO PARA JULGAMENTO DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESAS***.**

Também haverá o enfrentamento do tema da liberdade religiosa frente à opção jurídico-política de um povo. Jair Facundes enfrenta essa dicotomia entre política, opções de um povo e direito positivo no artigo *A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (A LIBERDADE RELIGIOSA) E A AYAHUASCA: UMA ABORDAGEM TEÓRICA*.

Em tema conexo, mas com enfoque totalmente diverso, a mestre em direito pela Universidade Federal do Maranhão Alda Silva traz à lume o artigo *DESAFIOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA ENQUANTO INSTRUMENTO DE LUTA NO CONTEXTO DE GARANTIA DAS LIBERDADES*. Igualmente à produção de Jair facundes, Alda Silva entende que a liberdade religiosa deva fluir como *topos* na sociedade contemporânea e como opção de realização de uma sociedade justa e igualitária.

O ainda mestrando Maurício Amorim discute a interpolação a liberdade e o desenvolvimento, como opção política de uma sociedade, através do artigo *A LIBERDADE COMO NÚCLEO DO DESENVOLVIMENTO*, onde intenta

compreender de que maneira o desenvolver-se a partir da liberdade pode existir como opção política de um povo.

O organizador desta coletânea, professor dos PPGD da UFMA e do IDP Ney Bello e o seu orientando de mestrado Diego Oliveira discutem a postura política útil à construção de uma sociedade mais justa, através do direito, desde a ideia de participação da sociedade no sistema de justiça como forma de construção de uma sociedade mais democrática. No artigo *A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA,* vem abordada a importante questão da participação popular no sistema de justiça.

Por fim, a mestre em direito pela Universidade Federal do Maranhão Renata Barreto analisa um momento da história do Brasil que ainda suscita muita discussão. No artigo *LEI Nº 6.683/79 (LEI DE ANISTIA) E HERMENÊUTICA JURÍDICA*, a autora intenta demonstrar os equívocos e os acertos do diploma jurídico que trata de questões tão palpitantes na história recente do Brasil.

Assim, este Ebook, realizando pelo IDP em conexão com a UFMA, discute temas de verdadeira importância para ambos os programas de mestrado, e acrescenta pontos relevantes na discussão científico jurídica nos temas que aborda.

Boa leitura.

Prof. Doutor Ney de Barros Bello Filho

Professor dos Programas de Mestrado da UFMA e do IDP

COLABORAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE PRAGMÁTICA DA IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DO INSTITUTO PARA O COMBATE AO CRIME COM O MENOR CUSTO PARA O ESTADO

David Abdalla Pires Leal[1]

Mônica Teresa Costa Sousa[2]

RESUMO: O combate constante e sistematizado ao crime, em especial ao organizado, demanda crescente esforço do Estado, já que as práticas criminais estão cada vez mais sofisticadas e as organizações criminosas sustentadas em práticas difíceis de serem identificadas. Sob esta ótica, este artigo se propõe a analisar a colaboração premiada de forma pragmática, sob seu aspecto econômico, como instrumento de maximização da eficácia da investigação e do processo penal, pois possibilita não somente a punição dos envolvidos na conduta criminosa com menos dispêndio de recursos públicos, mas também a prevenção ao crime, a recuperação de ativos e reduz custos com a manutenção do sistema carcerário.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Pragmatismo jurídico. Abordagem econômica do direito.

ABSTRACT: The constant and systematic crime combat, especially the organized way, demands growing efforts of the state, since the criminal practices are increasingly sophisticated and criminal organizations sustained in practices that are very difficult to identify. From this perspective, this article aims to analyze plea bargaining pragmatically, in its economic aspect, as a means of maximizing the effectiveness of the investigation and criminal proceedings, for not only allows the punishment of those involved in criminal activity with less expenditure public resources, but also crime prevention, recovery of assets and save money with the maintenance of the prison system.

Key-words: Plea Bargaining. Legal Pragmatism. Law and Economics.

---

[1] Advogado. Mestrando no programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. MBA em Direito Civil e Processual Civil pelo ISAN/FGV. Graduado em Direito pela Universidade Ceuma – UniCeuma.

[2] Doutora em Direito (UFSC). Professora nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (PPGDir) e pós graduação em Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Avaliadora do INEP/MEC.

INTRODUÇÃO

O instituto da colaboração premiada tem sido utilizado com frequência no âmbito da persecução penal no Brasil, tendo ganhado cada vez mais relevância no combate aos crimes praticados pelas organizações criminosas.

Inobstante este instituto tenha ganhado maior notoriedade no Brasil a partir da Lei Federal nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, não se trata de prática nova no Direito Penal, posto que já era possível observar medidas de estímulo à colaboração com a apuração de crimes pelo Estado pelos investigados desde o séc. XVII.

Com o desenvolvimento de meios cada vez mais sofisticados para a prática de crimes, notadamente em se tratando de delitos cometidos por organizações criminosas de atuação supranacional, faz-se necessária uma estrutura mais robusta do Estado para fazer frente às necessidades hodiernas, principalmente no combate à corrupção, ao tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, por exemplo[3].

O combate a estas atividades criminosas, portanto, tem exigido uma ação cada vez mais articulada entre os organismos do Estado, já que a individualização das condutas criminosas praticadas no interior da criminalidade organizada demanda uma incursão nos meandros desta que, atualmente, se encontram espraiadas pelos mais diversos países e com uma estrutura cada vez mais profissional e complexa.

Neste sentido, imprescindível se revela a colaboração de diversos agentes de controle brasileiros e estrangeiros, fato que importa, invariavelmente, em grande dispêndio de valores.

Neste particular, a colaboração premiada ganha especial relevância, pois pode proporcionar um encurtamento da duração do processo penal, a facilitação na obtenção de provas necessárias à punição de todos ou do maior número possível de envolvidos na prática delitiva, bem como a recuperação de valores

---

[3] Vide as alterações introduzidas na Lei Federal nº 9.613/98, pelo diploma equivalente de nº 12.683/12, com o objetivo de tornar mais eficiente o combate ao crime de lavagem de dinheiro.

ou bens provenientes de práticas criminosas, em troca do perdão judicial, da redução das penas restritivas de liberdade ou da substituição destas por penas restritivas de direitos, fato que ainda colaborará para o alívio das contas públicas no que se refere às despesas necessárias à manutenção de uma das maiores populações carcerárias do mundo, como é a brasileira[4].

Não se ignora, entretanto, todos os questionamentos acerca das garantias constitucionais que teriam sido ignoradas pelo legislador brasileiro com a regulamentação do instituto e outras diversas críticas ao modo como essas colaborações têm sido obtidas atualmente. Todavia, o objeto do presente trabalho se restringe a analisar os benefícios do instituto ora estudado sob o aspecto econômico, na perspectiva de que todos os direitos implicam gastos pelo Estado, mesmo aqueles direitos tradicionalmente considerados negativos, ou seja, que não reclamariam uma prestação positiva Estatal direcionada ao cidadão.

DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO APLICADO NO BRASIL

Instrumentos de facilitação das investigações e do desenvolvimento do processo penal, dentre eles o estímulo à colaboração pelos próprios investigados através de benefícios relacionados ao perdão ou a redução da pena não são novidade.

No Brasil, desde o séc. XVII, as Ordenações Filipinas já previam o perdão ao investigado ou acusado em algumas hipóteses, como àquele que, em não se colocando como o principal organizador da empreitada do crime de Lesa Majestade, realizasse a delação acerca das engenhosidades criminosas e seus participes ou autores. Esta previsão de perdão também se aplicava a outros crimes, caso o delator indicasse outros participantes da atividade criminosa (FERRO, 2013, p. 71-72).

---

[4] Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, o Brasil detém a quarta maior população carcerária do mundo, considerados apenas os indivíduos que cumprem penas restritivas de liberdade no sistema prisional nacional (CNJ, 2014, p. 15).

Desde aquele tempo, como hoje, a contribuição deveria ser consistente, no sentido de ser apta a produzir resultados práticos à investigação e à responsabilização dos envolvidos na prática criminosa, sob pena do delator não fazer *jus* aos benefícios previstos em legislação. Portanto, a preocupação com a efetividade da persecução penal já dava contornos ao instituto.

Inobstante a utilização da colaboração de forma pragmática ser uma constante no percurso histórico do instituto, não se pode negar que a colaboração premiada ganha relevo quando da constatação da frustração dos meios tradicionais de investigação para a apuração de fatos e condutas na sua inteireza, especialmente frente às condutas criminosas que se desenvolvem por meio de formas não tradicionais, notadamente as que se dão através de organizações complexas destinadas à prática de crimes como a corrupção, tráfico de drogas, crimes ambientais, sequestro e cárcere privado.

Esta necessidade é vista por parte da doutrina como um dos requisitos necessários para a promoção da conciliação entre a legislação que prevê este tipo de instrumento colaborativo e o sistema constitucional de garantias aos direitos fundamentais, devendo ser levada a cabo apenas nos casos em que, primeiramente, se constate uma emergência investigativa, entendida como ocasiões em que a tutela penal tem a sua aplicação frustrada diante de uma situação de bloqueio da atividade de persecução penal pelos seus atores ou pelas características dos crimes (PEREIRA, 2013, p. 91).

Todavia, não parece ter sido esta a opção do legislador brasileiro, já que, por exemplo, não restringiu a aplicação das regras de premiação previstas na Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas a determinadas práticas criminosas ou a situações de estrita necessidade de sua utilização, uma vez que esta lei franqueou a outorga da premiação a todo investigado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com as investigações e com o processo criminal (BRASIL, Lei 9.807, 1999, Art. 13 e ss.).

Nesta perspectiva, tem-se um tratamento difuso do instituto no Brasil, já que diversas leis que tratam de crimes bastante distintos, ou até mesmo que não especificam situações excepcionais para a utilização da delação, preveem a

possiblidade de colaboração de investigados ou acusados com o deslinde das investigações ou do processo penal.

Portanto, estão em vigência no ordenamento jurídico brasileiro diversos diplomas normativos que tratam da colaboração e da delação premiadas, alguns tratam exclusivamente da delação, que é a espécie da primeira. Na colaboração o investigado pode colaborar com a persecução penal trazendo informações que agilizem as investigações e mediante confissão dos atos criminais praticados no que se refere apenas à sua conduta, ou seja, sem envolver informações sobre outrem que tenha participado da empreitada criminosa. Enquanto na delação são fornecidas informações que vão além do próprio investigado ou acusado, como sobre a organização criminosa, seus integrantes ou, ainda, sobre o paradeiro de bens ou produtos do crime (GOMES, 2010, p. 2).

Importa registrar também o dissenso doutrinário acerca na natureza jurídica da colaboração premiada, já que parte da doutrina afeta a matéria a classifica como um negócio jurídico “firmado com o réu como produto de razões de política criminal” (FERRAZ, 2013, p. 98), enquanto que outra banda não a classifica como um negócio jurídico, uma vez que este pressupõe a existência de uma confluência de vontades de, pelo menos, duas pessoas, fato que não pode ser percebido no caso da colaboração premiada prevista na Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, considerando que esta lei outorga um direito à redução da pena a todo investigado que colaborar com as investigações, independentemente da vontade do órgão acusador (GOMES, 2015, p. 01).

Assim, tendo a colaboração premiada assumido cada vez mais importância na estratégia de política criminal brasileira, é necessário destacar o seu tratamento nas mais diversas espécies de crime segundo a legislação pátria.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, 1990), em seu artigo 7º, §4º, prevê que, nos casos em que o crime de extorsão mediante sequestro for cometido por “quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços". A mesma lei, em seu art. 8º, § único, já previa possibilidade do participante ou associado incurso no crime previsto no artigo 288, do Código

Penal brasileiro (Decreto-lei 2848, 1940), denunciar o bando ou a quadrilha e receber redução de pena de um a dois terços – note-se que a lei não trata da necessidade de um acordo entre acusação e acusado e, logicamente, também não trata de qualquer necessidade de homologação pelo juízo.

Neste mesmo sentido, a Lei de Drogas (Lei 11.343, 2006) prevê em seu art. 41, que:

> O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

A Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei 8.137, 1990), em seu art. 16, § único, também traz benefício semelhante, na medida em que dispõe que:

> Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Posteriormente, com a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência realizada pela Lei 12.529/2011, o ordenamento passou a prever a possibilidade de celebração de acordo de leniência para os crimes tipificados nas Leis 8.137/90 e 8.666/93, bem como no art. 288, do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2848, 1940), acordo este que importa na “suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência” e uma vez “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

A Lei de Combate aos Crimes de Lavagem de Dinheiro (BRASIL, Lei 9.613, 1998) com a redação dada pela lei 12.683, de 09 de julho de 2012, estabelece que a pena aplicada pelos crimes previstos na lei em questão:

> Poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva

> de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846, 2013) também prevê a possiblidade de colaboração do investigado, pessoa jurídica, reduzindo ou isentando-a de penalidades nas esferas cível e administrativa, conforme abaixo:

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
>
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
>
> ...
>
> § 2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.
>
> § 3o O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.
>
> § 4o O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.
>
> § 5o Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.
>
> § 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.
>
> § 7o Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.
>
> § 8o Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.
>
> § 9o A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

> § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Por fim, a Lei dos Crimes Organizados (Lei 12.850, 2013), em seu art. 4º, regulamenta que:

> O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
>
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
>
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
>
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Como se observou acima, a colaboração premiada tem previsão em diversos diplomas vigentes atualmente no Brasil.

Esta ausência de sistematização na regulamentação e utilização do instituto é alvo de severas críticas pela doutrina nacional, em especial pela possibilidade de utilização do instituto sem uma verdadeira necessidade, ou seja, apesar de lastrear-se em conduta condenável moralmente, já que a delação importa em traição pelo delator e muitas vezes pode decorrer de pressões indevidas ou ilegais exercidas sobre o indivíduo investigado ou acusado. Além destas, críticas também se baseiam no fato de que os juízes não são obrigados a fundamentar a exigência de sua utilização.

Assim, parte da doutrina defende que este instituto deveria ser utilizado apenas em casos nos quais se constate uma emergência investigativa:

> Parece não ser difícil concluir que a legislação deveria confiar a análise da imprescindibilidade em concreto da medida ao juiz competente, o que remete a uma possível interpretação constitucional restritiva do âmbito de aplicação das hipóteses legais de uso do pentiti não só ao fenômeno da criminalidade associativa, mas à manifestação, em concreto, de uma situação de emergência investigativa que indique a necessidade da medida (PEREIRA, 2013, p. 95)

Tendo caminhado em sentido oposto ao defendido acima, o legislador brasileiro incorporou ao processo penal componente de Justiça Colaborativa, que premia o criminoso pela sua contribuição consensual com a Justiça Criminal (GOMES, 2010, p. 1), mudando, de certa forma, a dialética da acusação e defesa então vigente no processo penal e na investigação criminal, com a inclusão de um novo ator processual, qual seja o colaborador.

Desta forma, o cidadão arrependido e que se volta contra os interesses da organização criminosa, colaborando com a redução da atividade delituosa por meio da colaboração, contribui para a Justiça e, portanto, merece tratamento diferenciado daquele investigado que prefere dificultar a apuração da realidade dos fatos.

Portanto, apesar de baseada na traição, elemento condenável sob o seu aspecto ético, a colaboração serve a interesses da sociedade, sendo, para melhor entendimento, de grande valia a opinião manifestada por MORO (2004, p. 58), da qual é possível extrair valores éticos e morais da coletividade que são muito mais relevantes do que uma avaliação individualista e excessivamente garantista do fenômeno da delação:

> Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de "resistência francesa". Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis foram justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio.
>
> Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes.

Esta ampla abordagem legal nos revela, portanto, a adoção de um pragmatismo legislativo, em face de forte necessidade de investigação e de combate ao crime no Brasil, combate este que enfrenta, por outro lado, problemas crônicos de financiamento pelo Estado.

Assim, uma resposta cada vez mais eloquente à sociedade necessita ser dada pelo Estado, através do combate ao crime que se desenvolve por meio de instrumentos sempre mais sofisticados, pelo que, além de uma avaliação sob o ponto de vista ético e dos direitos e garantias individuais, se faz necessária realizar uma análise econômica deste instituto tendo em vista o seu caráter finalístico: a colaboração e a delação premiadas se justificam sob o aspecto econômico, mesmo em face de seus alegados defeitos sob o ponto de vista ético?

UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A abordagem deste trabalho segue a linha pragmática, deixando, portanto, de tratar de questões mais dogmáticas, posto que privilegia uma análise mais finalística do instituto da colaboração premiada, notadamente sob o seu aspecto econômico, no sentido de que este instituto é um excelente instrumento na busca da efetividade da persecução penal, uma vez que auxilia na recuperação de valores objeto da prática criminosa, evita a continuidade delitiva, reduz o tempo do processo, facilita o acesso a provas, tudo com um menor custo para o Estado.

Portanto, o caminho ora trilhado aceita o influxo do conhecimento científico de outras áreas, como a economia e a política sobre o direito, já que ao conhecimento jurídico não mais é permitido o isolamento, fato que também implica em consequência inversa, pois permite um alargamento do conhecimento jurídico e o exercício de uma influência deste conhecimento sobre outras áreas (POSNER, p. 90-109).

Neste sentido, faz-se uso da Teoria Pragmática do Direito, que analisa as normas jurídicas como um instrumento adequado a uma finalidade e sob uma lógica de pensamento que possibilite ações mais eficazes, de modo a satisfazer o

interesse por um retorno prático decorrente da aplicação do direito positivo (POSNER, 2009, p. 413-417-423).

A abordagem pragmática das normas jurídicas com enfoque sobre os seus efeitos econômicos é perfeitamente compatível e decorre do ganho de influência da economia sobre o Direito, do que não foge o Direito Penal e o Processo Penal (SCHULZE, 2014, p. 9-11), de forma que se buscará evidenciar que a colaboração premiada permite a máxima efetividade do processo criminal, reduzindo os custos incorridos pelo Estado na garantia ao direito do cidadão a um ambiente seguro e no qual as riquezas são obtidas e circulam licitamente, por meio da facilitação na obtenção das provas necessárias à escorreita elucidação dos fatos, à justa individualização das condutas dos integrantes da atividade criminosa organizada, da prevenção de delitos, da diminuição do tempo de tramitação das investigações e do próprio processo penal, bem como da redução da necessidade de encarceramento.

Cabe esclarecer aqui, que o pragmatismo ora defendido foi adotado pelo legislador brasileiro em reconhecimento às dificuldades enfrentadas pelo Estado para promover uma efetiva proteção aos direitos da sociedade, todavia, esta opção de política criminal não passou longe das críticas doutrinárias que relevam excessivamente a questão de que o instituto se lastreia em defeito ético e que faz menoscabo às garantias individuais previstas constitucionalmente:

> O excessivo pragmatismo que envolveu o legislador ao procurar facilidades na obtenção de provas capazes de permitir a prevenção de delitos e repressão de tantos outros acabaria por comprometer todo o arcabouço garantista desenhado na Constituição Federal. (FERRO, 2013, p. 75)

Todavia, questão como esta deve ser objeto de outro estudo, bastando nesta oportunidade avaliar a importância da colaboração premiada, como instrumento de política criminal, no que se refere a sua eficiência para a obtenção de provas e recuperação de ativos provenientes de atividade criminosa organizada, por exemplo.

Desta forma, procura-se demonstrar como este instituto pode ser útil para o Estado, já que a garantia às liberdades da população implica em custos

consideravelmente elevados, principalmente se levarmos em consideração que a divisão clássica entre direitos positivos e negativos protegidos pelo Estado não satisfaz as necessidades atuais, pois, segundo Sustein (2012, p. 68-69) todos os direitos são positivos e, portanto, implicam em custos a serem suportados por toda a sociedade por meio dos tributos, ainda que a prestação estatal não se materialize direta e especificamente em benefício de um cidadão, mas de toda a sociedade, considerando a natureza difusa dos efeitos deletérios da criminalidade, em especial, da organizada.

A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS CUSTOS DOS DIREITOS

A obrigação de atuação Estatal na proteção dos direitos do cidadão contra abusos perpetrados na seara criminal é imposta pelo direito constitucional de proteção da segurança (GAVIÃO, 2008, p. 106).

Esta proteção deve se dar de maneira proporcional, de modo que não se admite mais a proteção dos direitos fundamentais apenas contra atuações abusivas do Estado contra os cidadãos, mas também se deve proteger a sociedade contra os ilícitos praticados por terceiros (GAVIÃO, 2008, p. 106), notadamente quando estes ilícitos possuem efeitos difusos:

> Desenvolve-se já revisão crítica ampliando a convivência entre direitos individuais e direito penal a partir da constatação de que nem sempre provém do Estado o risco às liberdades humanas, **havendo um campo da criminalidade atual, qualificada pela dimensão difusa da lesão, para a qual não é exagero exigir-se atuação estatal de repressão em defesa de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos**. (PEREIRA, 2013, p. 92) (g. n.)

Assim, ao Estado é imposta a necessidade de uma atuação na esfera penal que observe ao princípio da proporcionalidade, conformado pelas vedações ao excesso de proibição (garantismo tradicional) e à proteção deficiente (garantismo positivo):

> Dado o conceito dos princípios de proibição em excesso e de proteção deficiente ou insuficiente, pode-se concluir que o Estado, por meio das criminalizações primária e secundária,

> deve ter sua atuação norteada pelo que ensina o movimento garantista (negativa e positivamente), assegurando o pleno gozo dos direitos fundamentais em seu duplo viés. (RUDOLFO, 2010, p. 363)

Sob esta ótica, não se pode mais olvidar que o direito e o processo penal não são mais dirigidos exclusivamente pelo princípio da proporcionalidade sob o seu aspecto de vedação ao excesso de proibição, pois há a necessidade imperativa derivada da Constituição de se operar a persecução penal de forma eficiente, ou seja, protegendo-se eficientemente o cidadão contra a criminalidade:

> Parte-se da premissa de que há necessidade de se conjugarem no processo penal, além da defesa das garantias e liberdades, outros bens de residência constitucional, tais como a operatividade instrumental da persecução penal, oriunda de uma imposição de resposta eficaz à criminalidade, inclusive como reflexo de uma defesa individual projetada a partir dos deveres de proteção estatal, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Enfim, o sistema judiciário penal não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também se move pelo propósito de fazer valer imposições de investigação e acertamento dos fatos delituosos, bem como de punição dos criminalmente responsáveis. (PEREIRA, 2013, p. 85)

Nesta perspectiva, ganha relevância a abordagem de Sustein (2012) sobre os custos dos direitos, pois ao Estado, agora, não mais sem exige uma atuação limitada pelos direitos fundamentais – vedação ao excesso de proibição -, mas uma atuação estimulada pelo direito fundamental à proteção eficiente – ou vedação à proteção deficiente – na medida em que este direito importa em consideráveis custos ao Estado, que já sofre para efetivar a grande diversidade de direitos previstos em nossa Constituição Federal.

A atuação positiva do Estado para a garantia a uma efetiva proteção do direito a segurança reclama mecanismos eficazes não somente na prevenção e punição dos crimes, mas também no que se refere à recuperação de divisas, em especial quando se trata de crimes com efeitos pulverizados, como é o caso do crime de corrupção, dos crimes ambientais e do crime organizado em geral.

Assim, a utilização da colaboração premiada se justifica sob o aspecto jurídico, em especial quando se observa situações de emergência investigativa.

Ocorre que, além deste aspecto jurídico, o instituto em estudo também se justifica sob o aspecto econômico.

A abordagem econômica sobre o Direito Penal e do Processo Penal já pode ser observada no Brasil, pois, conforme observa Schulze (2014, p. 11-12), a análise econômica da eficiência e necessidade das penas e das modalidades de prisões já moldaram diversos dispositivos de nosso ordenamento:

> Os custos de manutenção de normas penais e de normas processuais penais também são influenciados pela economia. Nesse sentido, é nítido o avanço do discurso **neoliberal** apresentado com o fim de provocar a descriminalização de condutas de repressão penal. A Lei 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal – CPP, demonstra claramente tal proposta. Ou seja, observado o aspecto econômico, não se pode tolerar imenso custo de um presídio e de uma penitenciária, especialmente quando a sanção penal permite outra possibilidade de reprimenda – substitutiva. A nova redação do artigo 312 do Código de Processo Penal somente admite a decretação da prisão em flagrante se for possível a utilização de inúmeras outras modalidades de medida cautelar, que permitem o controle e a fiscalização do agente sem o seu encarceramento, tal como se verifica no rol de providências fixado no artigo 319, do CPP. Assim, ao analisar um pedido de prisão preventiva, o juiz deve procurar aplicar alguma(s) das possibilidades estampadas no rol do artigo 319 e tão somente na hipóteses excepcional é que terá disponível a aludida modalidade de prisão processual. Tudo isso demonstra que o direito penal e o processo penal precisam ser **eficientes** e, principalmente, econômicos no dispêndio de tempo e de dinheiro, para atingir a eficácia necessária à atuação estatal.

A colaboração premiada, portanto, também pode ser considerada como um produto da influência exercida pela Economia sobre o Direito Penal e Processual Penal, na medida em que privilegia a eficiência da persecução penal, sem deixar de observar o princípio da proporcionalidade.

A análise econômica deste instituto permite que se vá além de um viés exclusivamente garantidor do Direito Penal, possibilitando um combate efetivo ao crime, como a cessação dos prejuízos à coletividade e a repressão à prática de outros crimes.

Tratando da importância de práticas colaborativa como instrumento de combate a crimes e infrações administrativas que atentem contra a higidez das

ordens econômica e tributária, o Ministério da Justiça do Brasil (2009, p. 17) reconhece os enormes prejuízos causados por práticas que burlam a competição nos mercados e a importância do Programa de Leniência para o combate a este tipo de criminalidade:

> Cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado o seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, tais como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Européia. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel.

Quantificando os prejuízos causados por alguns dos cartéis descobertos de desmantelados no Brasil nas últimas décadas, o Ministério da Justiça destaca o caso do “Cartel de Areias”, que envolvia empresas de pedra britada com atuação na Região Metropolitana de São Paulo e que começou a atuar nos idos de 1999, de forma que, segundo estimativas, causou prejuízos à coletividade que girou em torno de R$ 80 milhões em apenas 03 anos (BRASIL, 2009, p. 12).

Outro caso de cartel mencionado na cartilha em comento foi o desembaraçado pela denominada Operação “Pacto 274”, que constatou práticas comerciais cartelizadas em postos de combustíveis nos Estados de Pernambuco e Paraíba no ano de 2007. Com esta operação, segundo o mesmo relatório, “estima-se um ganho anual de até R$ 32 milhões aos consumidores” (BRASIL, 2009, p. 15).

Este material relata, ainda, o exemplo do caso internacional denominado “Cartel das Vitaminas” que, no Brasil, impediu a entrada de produtos de suplementação alimentar – vitaminas - a preços mais baratos vindos da China e, em outros países, promoveu a divisão do mundo em regiões de atuação de forma a prevenir a competição e garantir preços artificialmente elevados para os produtos das empresas envolvidas (BASF AG, F. Hoffman-La Roche AG, Aventis S.A., Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals), de forma que esta prática delitiva

só foi descoberta mediante a confissão de uma das empresas envolvidas em troca de imunidade. Somente no Brasil as empresas foram multadas em R$ 15 milhões e em outros países as penas giraram em torno de US$ 725 milhões e € 850 milhões (BRASIL, 2009, p. 8).

No Brasil, em caso mais recente, na denominada Operação Lava-Jato, que envolve prática de cartel e direcionamento de licitações no âmbito da Petrobras e cujo prejuízo é estimado em R$ 2,1 bilhões, autoridades acreditam que este prejuízo poderá ser reduzido em R$ 500 milhões, por meio de acordos de colaboração premiada nos quais diversos acusados se comprometeram a devolver recursos obtidos por meio da prática delituosa. Deste valor, R$ 182 milhões já foram repatriados, o que representa um valor superior a quatro vezes o recuperado em operações deste tipo no Brasil desde 2003 (MILITÃO, 2015).

A política criminal ora analisada, além de possibilitar a cessação imediata da atividade criminosa, prevenindo danos à coletividade e recuperando valores ilicitamente obtidos por meio das práticas criminosas delatadas, também pode ser avaliada economicamente no que se refere a sua contribuição positiva para o desumano sistema carcerário brasileiro que, em 2005, abrigava 350 mil brasileiros, ou seja, 116 mil pessoas excedentes, população esta que crescia a uma média de 12 % (doze por cento) ao ano (WOLFFENBÜTTEL, 2005).

Com seu pragmatismo, a colaboração premiada que pode ser utilizada no Brasil para a investigação e punição dos mais diversos crimes, consoante se destacou anteriormente, de forma que se deixa de objetivar a punição pelas práticas criminosas apenas por meio de penas restritivas de liberdade, colaborando, assim, para a redução dos custos necessários para a manutenção de presos no país e como mecanismo de auxílio da contenção do crescimento da população carcerária brasileira.

O custo médio mensal para a manutenção de um preso no Brasil é de 03 (três) salários mínimos (WOLFFENBÜTTEL, 2005). Assim, considerando que a população carcerária brasileira era de 567.655 pessoas em 2014 (CNJ, 2014), pode-se chegar a um custo mensal do sistema carcerário brasileiro de R$ 1,2 bilhão, considerando-se o salário mínimo de R$ 724,00, vigente à época do levantamento do CNJ.

Não fosse a população em prisão domiciliar, que era de 147.937 pessoas no período apurado pelo CNJ (2014), estes custos seriam consideravelmente maiores.

Sob esta perspectiva, restam ainda mais importantes as medidas de colaboração premiada, já que o encarceramento de pessoas que, em tese, estariam arrependidas de seus crimes e que não pretendem mais delinquir, reparando integralmente a sua conduta delituosa e auxiliando o Estado no combate ao crime em todas as suas nuances, oneraria duplamente o Estado e a população.

Por fim, não é despiciendo destacar a importância da colaboração premiada para a redução dos custos da investigação e do processo penal.

Conforme já salientado acima, acordos de colaboração celebrados e executados de forma consistente permitem a rápida identificação da estrutura organizacional do crime e das pessoas envolvidas, bem como a obtenção das provas necessárias a condenação criminal de todas estas pessoas envolvidas. Permite-se também a punição das empresas envolvidas nas esferas cível e administrativa.

Tudo isto através do fornecimento direto de informações e documentos pela parte investigada ou acusada, minimizando os esforços investigativos e encurtando o tempo de duração do processo.

O exemplo norte-americano na condução de acordos de leniência permite observar benefícios similares, como destaca Ayres (2015, p. 241):

> A celebração de acordos de leniência permite a melhor utilização de recursos públicos, uma vez que documentos e informações fornecidas para as autoridades, muitas vezes, somente poderiam ser obtidos por meio de investigações e diligências custosas.

Portanto, a colaboração premiada favorece também a utilização racional dos recursos públicos alocados nos orçamentos dos órgãos investigativos, acusadores e do Judiciário, já que a Justiça poderá ser efetivada com um menor custo para o Estado, fato que ganha relevo se observarmos a atividade crescente

das organizações criminosas em caráter supranacional ou, mesmo nos casos em que estas organizações atuem somente dentro do Brasil, pela complexa disposição de seus elementos, a obtenção de provas consistentes demandaria consideráveis gastos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, observa-se que a colaboração premiada é tratada pelo legislador brasileiro de forma ampla e assistemática, como se observa através da profusão de leis que regulam a matéria e possibilitam a sua utilização mesmo nos casos nos quais não se observe que ela é verdadeiramente necessária, como quando se vislumbre uma emergência investigativa.

Entretanto, o tratamento da matéria nos termos delineados evidencia uma preocupação constante com a eficiência da investigação e do processo penal, considerando a escassez crônica de recursos públicos que vivemos, apesar das grandes potencialidades econômicas que detém o nosso País.

A abordagem pragmática do instituto, por meio de um viés econômico, permite concluir que a colaboração premiada, apesar de lastrear-se em traição, elemento antiético, é perfeitamente justificável como política criminal, pois protege o interesse público e contribui para a concretização do princípio da proporcionalidade no âmbito criminal, sob o prisma da vedação da proteção deficiente.

Pode-se concluir, portanto, que a todos é permitido o arrependimento, por meio de uma legislação que reduz a pena aplicada ou até mesmo a elimina mediante a colaboração do acusado ou investigado, em prestígio ao interesse público de prevenção ao crime e visando a reparação integral dos efeitos da conduta criminosa.

Os efeitos econômicos desta prática são evidentes e não podem ser desprezados, especialmente se for considerado apenas um anseio injustificado de punição dos criminosos exclusivamente por meio de penas privativas de liberdade, em detrimento da finalidade reparadora que também deve estar conformada no âmbito do processo penal.

Assim, considerando a necessidade de utilização racional dos recursos públicos e de se ter um processo penal cada vez mais eficiente, a colaboração premiada se revela um instrumento deveras útil e se justifica, sob este aspecto, na necessidade de uma proteção eficiente da sociedade contra as práticas criminosas, notadamente aquelas empreendidas por meio de organizações complexas.

REFERÊNCIAS

AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). **Lei Anticorrupção**. Salvador : *Jus*Podivm. 2015.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). **Diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** 2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em 18/06/2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 13/07/2015.

______. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em 12/07/2015.

______. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em 12/07/2015.

______. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em 12/07/2015.

_______. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em 12/07/2015.

_______. **Lei nº 11.343, de 25 de agosto de 2006.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 12/07/2015.

_______. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 12/07/2015.

_______. **Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em 06/07/2015.

_______. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 19/07/2015.

______. **Lei nº 12.850, de 12 de agosto de 2013.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 04/07/2015.

_______. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3. ed. Brasília. 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada**: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba : Juruá. 2014.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas Gavião. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. N. 61. 2008. P. 93-111.

GOMES, Luiz Flávio. **Delação premiada consolida-se no STJ**. 2015. Disponível em http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-consolida-se-no-stj/. Acesso em 11/07/2015.

______. **Justiça colaborativa e Delação Premiada**. 2010. Disponível em http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2108608/justica-colaborativa-e-delacao-premiada. Acesso em 11/07/2015.

MILITÃO, Eduardo. **Lava-Jato faz maior repatriação da história do país**. Correio Braziliense. Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/03/11/internas_polbraeco,475012/lava-jato-faz-maior-repatriacao-da-historia-do-pais.shtml. Acesso em 15/07/2015.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani Pulite*. **Revista CEJ**. n. 26. Brasília. 2004. p. 56-62.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista CEJ**. n. 59. Ano XVII. Brasília. 2013. p. 84-99.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí. V. 5. N. 3. 2010. Disponível em www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 11/07/2015.

SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre. n. 61. 2014. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html. Acesso em 11/07/2015.

SUSTEIN, Cass R..; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. Sistema – Penitenciário: Crime e Castigo. **Revista Desafios do Desenvolvimento**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. Ano 2. 7. ed. 2005 Disponível em http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=869:reportagens-materias&Itemid=39. Acesso em 18/06/2015.

A LEI DA FICHA LIMPA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES NO PLEITO ELEITORAL

Alberto Cascais

As Inelegibilidades na Constituição e na Lei

1. Inelegebilidade Como Matéria Propriamente Constitucional

As inelegibilidades, como restrições à capacidade eleitoral passiva, encontram-se estabelecidas no art. 14, §§ 4º a 7º, da Constituição Federal, como, aliás, impõe a melhor técnica em se tratando de restrições a direitos fundamentais, mais especificamente a direitos políticos fundamentais, sendo antiga a lição de que o mesmo poder que cria o direito também deve ser o competente para lhe impor limitações[5].

Mesmo contrariando a lógica do constituinte de 1946, em todo sentido cautelosa, o constituinte de 1988 preferiu legar à lei complementar a possibilidade de instituição de outras hipóteses de inelegibilidade, assim como já havia feito a Constituição de 1967, outorgada sob o regime autoritário.

Note-se, porém, que na Carta Política em vigor, a redação do art. 14, § 9º, não é sistemática como a da que a antecedeu, que era do seguinte teor:

> Art. 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:
>
> I - do regime democrático;
>
> II - da probidade administrativa;

---

[5] Pronunciamento do constituinte Argemiro de Figueiredo: "se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de elegibilidades, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de inelegibilidades, porque estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão. O mesmo poder que cria o direito é o competente para impor limitações. Seria um erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário". In José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, v. 2º/ 516, 1947.

> III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

Mesmo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, modificada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977, apresentava um texto mais claro:

> Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)
>
> I - o regime democrático;
>
> II - a probidade administrativa;
>
> III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.
>
> ~~IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.~~
>
> IV - a moralidade para o exercício do mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977).

O texto atualmente em vigor tem a seguinte redação:

> "Art. 14.
>
> "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

O cotejo entre as redações demonstra que o processo de transcrição do texto da Constituição revogada para a que se encontra em vigor não foi dos mais felizes. Evidentemente, há de ser levado em consideração o propósito do redator constitucional de aglutinar dispositivos com o fito de restringir o número final de artigos da nova Carta[6].

Nesse sentido, fundiram-se em um único dispositivo vários períodos que deveriam estar subdivididos em incisos. Além disso, pela relevância do tema ali tratado, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal mereceria estar mais bem sistematizado, inclusive de forma a compatibilizá-lo com as inelegibilidades objetivas, fixadas nos parágrafos anteriores do mesmo artigo.

---

[6] José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., RT, 1991.

Enfim, o citado dispositivo se constitui em uma verdadeira norma constitucional em branco, que, não sem detrimento da clareza, segue a redação da Constituição de 1967 e a de 1969, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977, quando o que deveria prevalecer, ao tratar de restrição a direitos, no caso, direitos políticos fundamentais, com sede na própria Constituição, seria a clareza e a objetividade.

2. Inelegibilidade Legal

Na ordem constitucional anterior, a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, era o estatuto que estabelecia outras hipóteses de inelegibilidades, além das que já constavam da própria Constituição. Essa lei vigeu até 18 de maio de 1990, data em que foi editada a Lei Complementar nº 64, já sob o pálio da Constituição cidadã de 1988, embora o Supremo Tribunal Federal já tivesse considerado que a antiga lei de inelegibilidades não havia sido recepcionada.

A Lei Complementar nº 64/90 recentemente veio a ser alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, publicada em 7 de junho de 2010.

Contudo, comparando-se o teor da Lei Complementar nº 5/70 com o da Lei Complementar nº 64/90, já alterada pela LC 135/10, percebe-se que o ambiente democrático não representou alteração muito significativa nem na tipificação de condutas, nem na dosimetria das respectivas sanções e nem no respeito aos direitos políticos passivos, vale dizer, no direito político do cidadão de ser eleito.

No que diz respeito à aplicação das normas referentes à inelegibilidade, aliás, na prática o autoritarismo do regime militar foi apenas substituído pelo autoritarismo da Justiça Eleitoral.

Diante disso, no que se refere ao respeito dos direitos políticos fundamentais e à observação do devido processo legal eleitoral, ainda se está para atingir uma nova república.

Feita essa digressão histórica, não é difícil concluir que os conceitos abertos, insculpidos no § 9º do art. 14 da Constituição, admitem a sucessiva

imposição de novas e cada vez mais gravosas restrições ao exercício do direito eleitoral passivo, sem parâmetros claros que permitam estabelecer um núcleo essencial ou o que a doutrina também denomina de limite dos limites[7].

E, pela sucessão das legislações em matéria de inelegibilidades, não há dúvida de que eventuais alterações normativas vindouras certamente imporão ainda mais restrições ao exercício desse direito fundamental.

Exemplo disso é o próprio agravamento das condutas que se encontram tipificadas na Lei Complementar nº 64/90, patrocinado pela Lei Complementar nº 135, cuja interpretação quanto ao momento de sua aplicabilidade gerou tanta incerteza e tanta insegurança nas eleições gerais do ano de 2010 e que se passará a analisar com o propósito de demonstrar como o decisionismo das Cortes e considerações que refogem ao texto normativo podem ser determinantes no julgamento de matéria eleitoral, a despeito de as críticas mais comuns serem dirigidas apenas ao Poder Legislativo, especialmente por sua incapacidade de promover alterações substanciais no sistema político.

O Princípio da Anterioridade Qualificada da Lei Eleitoral

Como antes ressaltado, a análise do art. 14, § 9º, constitucional, indica que objetivamente sobressaem apenas duas regras: i) a Constituição Federal autoriza a instituição de outras hipóteses de inelegibilidades, além das que se encontram elencadas em seu próprio texto; ii) essas outras hipóteses devem ser instituídas por lei complementar.

Assim, primeiramente percebe-se que esse dispositivo se conecta diretamente ao art. 59, inciso II, e ao art. 69, ambos da Constituição, que tratam do processo legislativo, sendo de se supor que a **lei** que institui novos casos de inelegibilidades ou agrava os já existentes tenha não somente as mesmas virtudes das leis em geral, quais sejam, a generalidade e a abstração, mas também uma vigência prospectiva, que decorre do princípio da anterioridade, princípio esse que, no caso da lei eleitoral, não é o comum, mas sim o da

---

7 Robert Alexy. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, Malheiros, 2ª edição, 2011, p. 295 e s.

anterioridade qualificada previsto no art. 16, constitucional, que impede a aplicação da nova norma à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Essa anterioridade qualificada, que a lei que altera o processo eleitoral guarda como característica, mostra-se essencial à garantia de isonomia entre as forças político-eleitorais e imprescindível quanto a evitar que a norma seja utilizada como instrumento de manipulação da soberania popular e da liberdade do voto.

É dizer, não basta que o jogo tenha regras, é preciso que essas regras sejam prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis até sua decisão final[8].

O art. 16 da Carta Política, portanto, preconiza a regra da vigência diferida da lei eleitoral, naquilo que alterar o processo eleitoral, o qual, logicamente, não pode ser entendido apenas como as normas que regulam a formal concatenação de atos voltados à composição das lides, mas sim como todas as normas que regulam tanto a sucessão, quanto o desenvolvimento e a evolução das diversas fases da eleição, sendo elas a propaganda, a organização do pleito e a apuração do resultado.

É lição de Celso Ribeiro Bastos[9] que:

> Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral.

Assim, a cláusula de vigência diferida, que incide sobre as normas de conteúdo eleitoral, traduz a impossibilidade dessa lei, a despeito de existente e válida, de transmitir a sua carga de eficácia normativa.

---

[8] Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn nº 354-2/600 DF. Fonte: site do STF.
[9] Celso Ribeiro Bastos. Comentários à Constituição do Brasil – Vol. 2 – 3ª ed., Saraiva, 2004.

A propósito da distinção entre validade e eficácia, é conhecida a lição de Kelsen, para quem a **eficácia**, ou **vigência**, é uma condição da validade, mas não é esta mesma **validade**.

Como afirma o mestre de Viena[10]:

> (...) Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade – como realidade da ordem jurídica – se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força – bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.

No plano de validade da lei, o que deve ser verificado é se a norma jurídica se encontra em harmonia com a Constituição, que, por sua vez, seja efetivamente posta e globalmente eficaz[11].

Ainda segundo Kelsen, eficácia é a aptidão da lei de ser observada e aplicada. A força normativa que gera e produz todas as consequências de ordem jurídica.

Nessa esteira, o preceito do art. 16 da Carta não impede a elaboração da norma (dever-ser) nem os demais atos necessários à sua validade, entretanto, sua eficácia ficará suspensa até que se opere o decurso do prazo de um ano.

A regra insculpida no art. 16 teve "o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos".[12]

Como antes aduzido, o contingenciamento temporal da lei que altera o processo eleitoral, encontra sua razão pelo fato de que:

---

[10] Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado, 6ª ed. – São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 238.
[11] Op. cit., p. 236.
[12] Voto do Min. Celso de Mello na ADIn nº 354-2/600 – DF. Fonte: site do STF.

> As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes[13].

Desde a redação original do texto constitucional, anterior, portanto, à Emenda nº 4, de 1993, que aperfeiçoou o art. 16, é claro o abrangente propósito do constituinte de afastar os sobressaltos normativos que foram característicos do então recentemente superado regime autoritário, decisão política que justifica a própria formulação do princípio da anterioridade da lei eleitoral e que deveria ser homenageada em maior grau pelos posteriores intérpretes privilegiados da Constituição. Nesse rumo prossegue o magistério de Fávila Ribeiro:

> É preciso que se colha do dispositivo o acalentado rendimento social, impedindo a redução de seu alcance, não deixando que prosperem fraturas pelas vias interpretativas. Para isso, quanto mais desvelo houver em sua aplicação menor será o risco de que possam medrar condescendências que avariam a igualdade nas disputas eleitorais, e imponham que a ideia de justiça deserte ou seja expelida dessa área conflituosa[14]

Por outro lado, tanto o § 9º do art. 14, como o art. 16, ambos da Constituição, são facilmente conciliáveis, como, evidentemente, devem ser conciliadas todas as normas constitucionais. O que se está a dizer, porém, é que independentemente de argumentações extensas é possível se ver que o primeiro dispositivo tem sua tônica na necessidade de edição de uma lei complementar para a instituição de novos casos de inelegibilidades e que o segundo artigo citado preconiza uma *vacatio* necessária para a lei que altera o processo eleitoral, a qual não será aplicada à eleição que ocorra até um ano de sua vigência, como medida voltada a impedir a utilização abusiva da lei como instrumento de manipulação e deformação de pleitos.

---

[13] Fávila Ribeiro. Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 93

[14] Op. cit., p. 94.

A Consulta Sobre a Lei Complementar nº 135/10

Esse raciocínio, contudo, não se impôs perante o Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião da resposta que formulou à seguinte Consulta[15]:

> Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 5 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?.

Pode-se dizer, aliás, que a conclusão a que chegou a Corte Eleitoral, ainda que com a objeção dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro, foi diametralmente oposta ao raciocínio acima exposto.

Nesse processo, o relator, Min. Hamilton Carvalhido, proferiu voto de duplo alcance, tanto no sentido de que a LC 135/2010 era aplicável às eleições de 2010, objeto efetivo da Consulta, como foi além e considerou que as novas inelegibilidades apanhavam fatos ocorridos antes da própria edição dessa lei, o que de chofre tipificou condutas que até 6 de junho de 2010, dia anterior à data de vigência da nova lei, eram simplesmente indiferentes jurídicos, em relação aos seus efeitos.

Assim, por exemplo, quem houvesse renunciado ao mandato eletivo com o objetivo de evitar a sua cassação ou estivesse aguardando decisão em recurso criminal interposto contra condenação de órgão colegiado pelos crimes listados na lei ou, ainda, já tivesse sido excluído do quadro profissional por decisão sancionatória do órgão regulador da profissão, tornou-se inelegível no exato momento da publicação da Lei Complementar nº 135, mesmo que os fatos tenham ocorrido até mesmo antes da propositura do projeto dessa lei.

Em seu voto, entendeu o relator que, em se tratando de norma eleitoral material, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição, tendo declarado ainda que:

> A regra política [refere-se ao § 9º do art. 14 da Constituição] visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da

---

[15] Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento Sessão de 10.6.2010.

> não culpabilidade, impondo-se a **ponderação** de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.[16] (grifei)

Não há aqui como deixar de lembrar o jurista Lenio Streck quando em um de seus artigos afirma que "ponderação é uma forma de estabelecer a vontade do poder"17. Acrescenta o mesmo autor em sua obra Verdade e Consenso[18]:

> Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceitos como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.

Como bem anotou o Min. Marcelo Ribeiro, ao ensejo desse julgamento pelo plenário do TSE, o simples fato de se apreciar a aplicabilidade da nova lei eleitoral às eleições que serão realizadas a menos de um ano de sua publicação, já induz um tipo de casuísmo, ou, como dito por ele mesmo, já seria o próprio casuísmo examinar caso a caso o que seria casuísmo ante a falta de um critério de avaliação[19].

Disso decorre que não faz sentido falar-se em casuísmo linear, no sentido de que, incidindo a lei igualmente sobre todos os partidos e sobre todos os candidatos indistintamente, justificar-se-ia sua eficácia sobre a eleição realizada a menos de um ano. Isso porque a própria análise formulada nesses termos já se encontra eivada de um perigoso substrato casuístico, que o constituinte originário, no art. 16 da Carta Política, pretendeu banir.

---

[16] TSE, Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília-DF. Voto do relator, Ministro Hamilton Carvalhido, julgamento em 10 de junho de 2010.

[17] Artigo: A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Revista eletrônica Consultor Jurídico, www.conjur.com.br/2012-jun-28/sensoincomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil .

[18] Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011

[19] TSE. Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – DF.

Como asseverou o Min. Arnaldo Versiani por ocasião do julgamento da Consulta em comento, perante o TSE, "toda alteração no processo eleitoral deve respeitar o princípio da anterioridade". [20] E declara ainda:

> A Justiça Eleitoral se assenta em três princípios básicos: o direito de votar, o direito de ser votado e a preservação do resultado das urnas, ressalvados casos de abuso, corrupção e fraude..[21].
>
> (...)
>
> Penso que – e nesse ponto acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence[22] – o processo eleitoral se inicia com o alistamento dos eleitores e termina com a diplomação dos candidatos, inclusive com a prestação de contas. Tudo isso diz respeito a processo eleitoral: propaganda; votação; apuração; alistamento; condições de elegibilidade e causas de inelegibilidades....

O Caso Concreto Deduzido a Partir da Resposta à Consulta

A despeito da controvérsia, no julgamento do Recurso Ordinário 64.580 o Tribunal Superior Eleitoral decidiu aplicar, agora a um caso concreto, as conclusões do processo de Consulta, em que se havia declarado a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135 às eleições daquele ano de 2010, assim como seus efeitos retrospectivos.

A insegurança jurídica provocada pelo TSE desde que formulou a resposta à Consulta, quando as convenções partidárias eram iminentes em razão do calendário eleitoral e quando, inclusive, o Partido Verde já havia realizado sua convenção, chegou ao clímax no julgamento desse recurso ordinário, onde a Corte Eleitoral consignou:

> Inelegibilidade. Renúncia.
>
> Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26. 2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).
>
> As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois

---

[20] Idem.
[21] Idem.
[22] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354.

> as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.
>
> Tendo renunciado ao mandato de Senador após o oferecimento de denúncias capazes de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição Federal, é inelegível o candidato para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura, nos termos da alínea k do inciso I do art. 1° da Lei Complementar nº 64/90, acrescentada pela Lei Complementar nº 135/2010.
>
> Não compete à Justiça Eleitoral examinar a tipicidade do fato que deu origem à renúncia, para verificar se o Senador sofreria, ou não, a perda de seu mandato por infração a dispositivo da Constituição Federal.
>
> Recurso ordinário provido."[23]

Em face desse acórdão, foi interposto o Recurso Extraordinário nº 631.102 ao Supremo Tribunal Federal, que, na oportunidade, contava apenas com 10 membros e onde ocorreu um insólito empate por cinco votos.

Diante da inopinada circunstância processual, o Presidente da Corte decidiu monocraticamente aplicar, **por analogia**, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno, que trata do mandado de segurança contra ato do Presidente do STF, e que, na hipótese de empate, prevê a prevalência do ato impugnado.

Como indicaram alguns ministros, mais adequado ao caso seria a solução prevista no inciso IX do art. 13 do Regimento Interno, que reza:

> Art. 13. São atribuições do Presidente:
>
> (...)
>
> IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:
>
> a) impedimento ou suspeição
>
> b) vaga ou licença médica superior a 30 (trinta) dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.

---

[23] RECURSO ORDINÁRIO N° 645-80.2010.6.14.0000 - CLASSE 37 – Belém – PA. Relator: Ministro Arnaldo Versiani, Recorrente: Ministério Público Eleitoral, Recorrido: Jader Fontenelle Barbalho, publicado em audiência de 1º.09.2010.

Cabível a referência a Gadamer, segundo o qual "ser que pode ser compreendido é linguagem"[24], isto é, os sujeitos que estão inseridos na existência são simultaneamente intérpretes e participantes da tradição histórica. A *interpretação*, que possui uma unidade interna com a *compreensão*, necessita desenvolver as implicações de sentido de um "texto" e torná-las expressas linguisticamente. A linguagem é o *medium* de expressividade interpretativa do ser.

Nas palavras do mestre alemão:

> É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos nós, os que o compreendemos, os que temos de trazê-lo à fala, a partir de nós. No entanto, já vimos que este trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, mas está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efeitual. A consciência com experiência histórica, na medida em que se nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se com a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.[25]

Essa decisão monocrática, ainda que adotada na própria sessão do plenário do Supremo Tribunal Federal, apesar de sua aparência inofensiva, simplesmente deixou entrever o decisionismo que permeia as opções da Corte, e que, mais uma vez, traz à lembrança Streck[26]:

> ...a dogmática jurídica sabe tudo, tem – sempre – todas as saídas, mas sempre sobre algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da 'manga do colete interpretativo'. Esse é o papel da interpretação. Para o 'bem' e para o 'mal'...!

De fato, a vedação do *non liquit* acaba impondo à dogmática uma espécie de tarefa: os problemas jurídicos precisam de uma solução decisional e, na visão dos tribunais, essa decisão não pode ser encontrada a partir de uma ingênua análise dos textos que compõem os códigos e a legislação de uma maneira geral.

---

[24] Verdade e Método, 6ª edição, Petrópolis, RJ : Vozes, Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 1997, p. 450.
[25] Op. cit., p. 492.
[26] Op. cit. Artigo: A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil.

Com isso, manteve-se a decisão do TSE que, aplicando as inelegibilidades decorrentes da Lei Complementar nº 135, vedou o registro, entre outros, ao candidato Jader Fontenelle Barbalho, sem que tenha sido sequer cogitada, na análise do caso, a efetiva garantia de seus direitos fundamentais eleitorais, consubstanciado no plexo de normas que se encontram insculpidas na própria Constituição.

É certo que em 23 de março de 2011, após a posse do Ministro Luiz Fux, houve o desempate no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, havendo o Plenário finalmente decidido que a Lei Complementar nº 135/2010 não deveria ser aplicada às eleições realizadas em 2010, ante o que determina o art. 16 da Constituição Federal, que trata da anterioridade da lei eleitoral.

Os efeitos dessa controvérsia geraram um dos maiores tumultos eleitorais da história política brasileira, com candidatos virtualmente eleitos sem poderem ser diplomados e com candidatos com muito menos votos sendo empossados e depois perdendo seus mandatos.

A Iniciativa Popular da Lei Complementar nº 135

Muito se comentou sobre a iniciativa popular que deu origem ao referido projeto de lei complementar depois convolada na LC nº 135, de 2010. Estima-se que cerca de um milhão e trezentas mil assinaturas teriam subscrito a proposta, o que naturalmente influenciou seu processo legislativo, já que o Congresso Nacional é, pela própria composição, o Poder da República que deve mesmo ecoar os anseios e as pressões populares.

Supostamente, esse não deveria ser o caso do Poder Judiciário, que, entretanto, decidiu pela imediata e retrospectiva aplicabilidade da lei, como entendeu o Tribunal Superior Eleitoral e posteriormente o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da lei[27].

Durante a apreciação da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o Min. Marcelo Ribeiro chegou a questionar se a origem da lei não estaria

---

27 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578.

preordenando o resultado do julgamento que estava sendo conduzido perante o TSE e se o casuísmo, no caso em tela, não estaria sendo ditado pela aventada pressão da opinião pública.

Não há como se negar que a circunstância da iniciativa popular esteve presente na consciência de legisladores e julgadores a ponto de criarem apoios exegéticos e distinções jurídicas de variados matizes a fim de legitimar a aplicação da norma a fatos anteriores à sua própria edição, ressalvando-se, evidentemente, os votos proferidos em sentido contrário.

Contudo, essa posição que foi admitida como majoritária e que decorre do apoio popular representado pelas um milhão e trezentas mil assinaturas não se mostra tão impressionante assim quando se constata que vários candidatos atingidos pelos efeitos retroativos da norma lograram votações individuais muito superiores.

Tome-se mais uma vez, a título de exemplo, o caso emblemático do candidato ao Senado Federal pelo Estado do Pará, Jader Barbalho (PMDB), então Deputado Federal eleito e reeleito, que na eleição majoritária de 2010 obteve, segundo dados da Justiça Eleitoral[28], um milhão, setecentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta e dois votos.

Isso significa simplesmente cerca de quinhentos mil votos a mais do que obteve a proposta da Lei da Ficha Limpa. Somados os votos de todos os candidatos impugnados com base na referida lei, esse número certamente passaria da casa dos milhões.

De ver-se que a opção do Tribunal Superior Eleitoral pela decisão “politicamente correta”, além da postura paternalista em relação ao eleitor, em uma simples resposta a Consulta, que teoricamente não deveria ter caráter vinculante, acabou pautando toda a discussão não só no âmbito daquela Justiça especializada como também no Supremo Tribunal Federal, que mais uma vez se viu no centro de uma disputa muito mais política do que jurídica.

---

[28] www.tse.jus.br/arquivos/situacao-de-candidato-senador-apos-totalizacao-de-votos-indeferido-com-recurso-pa.

Como afirma John Hart Ely[29], citando H. B. Mayo, “certamente seria um exagero afirmar que a Corte não precisa levar em conta a opinião pública. Mas isso não prova muita coisa: ‘o ditador absoluto – um Hitler, um Stálin, um Perón - ...por mais despótico que seja, é às vezes obrigado a levar em conta os sentimentos da população...”

É certo que a aplicação retroativa da lei, tipificando condutas ocorridas antes mesmo da apresentação do próprio projeto, representou o rompimento institucional das mais fundamentais garantias individuais, como a presunção de inocência, o princípio da anterioridade da lei e o da isonomia no campo eleitoral, além de pouco caso com o titular do direito eleitoral passivo, especialmente com os que já haviam obtido votos suficientes para se sagrarem eleitos, embora esses parâmetros estejam relativizados, especialmente após votos como o proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345-0/DF, em que ficou consignado em sua ementa que:

> A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”[30]

---

[29] Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.

[30] ADI 3345-0/DF. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 25.08.2005 e publicado em 20.08.2010, RTJ 217/110.

O Núcleo Essencial dos Direitos Políticos Fundamentais

A despeito de todas essas observações, subsistem outras questões que sequer chegaram a ser ventiladas nesse julgamento, em torno da constitucionalidade dessa lei, ficando ao largo das discussões.

Corolário do processo eleitoral, os princípios da paridade de recursos e da igualdade de chances impõe a busca pelo tratamento isonômico entre os candidatos, como garantia da lisura das eleições, do regime democrático e da soberania popular.

Nos termos em que se encontra redigida a Lei Complementar 135, as inelegibilidades impostas traduzem, em realidade, um tratamento desigual e desproporcional aos titulares dos poderes eleitorais passivos, malferindo preceitos básicos de isonomia.

Mediante uma rápida leitura da norma percebe-se que o texto iguala indivíduos condenados por infrações graves, como tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e outros crimes hediondos a casos de perda de cargo político e a condenados, definitivamente ou não, por abuso do poder econômico ou político.

A renúncia ao cargo ou mandato foi igualada à própria decretação da perda do cargo que, por sua vez, foi assemelhada, em seus drásticos efeitos, à decisão proferida por órgão colegiado, mesmo que não transitada em julgado.

Tipificou-se para fins de capacidade eleitoral passiva a exclusão dos quadros profissionais de órgão de classe de profissão regulamentada, quando nem todos estão submetidos à fiscalização por órgãos de classe, o que, fatalmente, cria diferença de tratamento de acordo com a origem profissional do candidato.

A simulação de ruptura de vínculo conjugal para evitar caracterização de inelegibilidade também recebeu a mesma condenação.

Condutas que constituem transgressão de norma civil, penal e administrativa sofrem indistintamente igual nível de reprovabilidade e recebem a mesma gravíssima penalização para fins eleitorais que é a sanção da

inelegibilidade pelo período de oito anos, a contar do término do cumprimento da pena, se houver.

Vale dizer, se houver penalidade principal cominada, a suspensão dos direitos políticos por oito anos somente se inicia após o cumprimento integral da pena ou, em caso de renúncia ao cargo, após o término do período remanescente.

O mesmo, porém, já não ocorre quando não houver a cominação de outra penalidade, como, por exemplo, nos casos de perda do posto, cargo ou mandato ou exclusão dos quadros profissionais por decisão de órgão fiscalizar do exercício profissional.

O *bis in idem* é ainda mais flagrante para os condenados à suspensão dos direitos políticos, que, pelo mesmo fato, recebem outra penalizações: a de suspensão dos direitos políticos por oito anos, após o cumprimento da anterior, em virtude do inciso l do art. 2º da Lei Complementar 135.

Enfim, a individualização da pena que decorre da decretação de inelegibilidade ainda é algo a ser conquistado no campo dos direitos políticos, já que a Lei Complementar nº 135, de 2010, sem nenhuma técnica, visou, tão-somente, ao agravamento de penalidades e à instituição de novas hipóteses de incidência, sem nenhum espaço para dosimetria de penas, uma vez que em todos os tipos se prevê pena fixa de oito anos.

Embora a arbitrariedade dessa Lei Complementar nº 135/2010 tenha chegado a ser suscitada quando foi apreciada sua constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, a referendou sob muitos argumentos que remontam à origem popular dessa lei.

Caberia aqui a questão de saber qual é o limite do poder da maioria, que, neste caso, é meramente pressuposta, mas não real, se a Corte optar sempre por buscar respostas a seus julgamentos no anseio popular, como se fosse um Poder legitimado a isso.

A Constituição estabelece normas que regem o Estado e assegura a participação política ampla, o princípio do governo da maioria e a alternância

no poder. Mas não apenas isso, pois tem a Constituição o papel de corrigir distorções que a aplicação desmesurada da democracia absoluta pode ensejar.

Esse papel da Constituição visa, assim, a impedir a aniquilação das minorias e a supressão de direitos, que pode decorrer especialmente do exercício do poder majoritário, pois, como afirma Charles Mackay[31]: "os homens pensam em bandos e se verá que eles enlouquecem em bandos, ao passo que só recobram a lucidez lentamente e um a um".

É à Constituição que cabe estabelecer e preservar direitos, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tenha mais votos, assegurando seu exercício pelas minorias.

Como demonstrado, as alterações implementadas pela Lei Complementar 135, de 2010, não levam em consideração valores e direitos fundamentais que são inerentes à adoção do regime constitucional, tais como o princípio da anterioridade, a certeza, a segurança jurídica e a individualização da pena, o que a contrasta com a Constituição, pelo que sequer deveria se encontrar em vigor em nosso ordenamento jurídico.

Como consignado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário 633.703/MG:

> O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

---

[31] Ilusões Populares e a Loucura das Massas, tradução Fidelity Translations. Ediouro. Rio de Janeiro, 2001.

Nessa perspectiva, tanto quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, juízes e tribunais eleitorais somente se legitimam quando são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões com base em parâmetros objetivos da Constituição.

A Democracia Partidária e o Devido Processo Legal Eleitoral

Desde que a República constitui-se em Estado de direito democrático[32] e se encontra fundada no pluralismo político[33], não existindo a possibilidade de candidaturas avulsas, vivemos, portanto, sob uma democracia partidária.

Isso significa que qualquer interferência legislativa ou judicial que afete candidatos a cargos políticos atinge os próprios partidos políticos e, assim, o processo eleitoral. E nada provoca mais perturbação no equilíbrio de forças políticas do que mudanças nas causas de inelegibilidades, mais ainda quando se tratam de mudanças abruptas.

O art. 1º da Carta Política, no caput e no parágrafo único aglutina ideias que, na verdade, são confrontantes: a de constitucionalismo, como concepção histórica limitadora do poder e de respeito aos direitos individuais; e a de democracia, como fruto da soberania popular.

Essas noções de constitucionalismo e de democracia devem ser harmonizadas. E, como leciona Cristina Queiroz, "a justiça constitucional vem a estabelecer os limites entre o *princípio maioritário* (: democracia) e os *direitos fundamentais* (: constitucionalismo). Trata-se de um 'modelo de delimitação do poder pelo juiz'. É este que traça a linha de separação entre o jurídico e o não jurídico, entre o direito e a política"[34].

Como afirma Michel Rosenfeld, "o confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, tais como a nacional, as étnicas, religiosas ou culturais" [e poderia se incluir a política] "torna-se inevitável pela

---

32 Constituição Federal, art. 1º, *caput*.
33 Idem, art. 1º, inciso V.
34 A Interpretação Constitucional e o Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional, Coimbra Editora, 2000, p. 3.

tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo"[35]. E complementa:

> O constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade com um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo. [36]

Cabe à jurisdição constitucional, portanto, a tarefa de assegurar direitos, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tenha a maioria dos votos (majoritarismo), ou, como parece ser o caso sob análise, que apenas aparente ter mais votos, contra o que poderia significar a descaracterização ou a restrição indevida à fruição de direitos fundamentais, tais como são os direitos políticos.

Esse é justamente o papel das Cortes constitucionais, como garantidoras das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, como foro de princípios de que fala Dworkin.

Como ressaltado no Recurso Extraordinário 633.703/MG, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

> Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

Nesse passo, pode-se concluir que exista um plexo de normas e princípios que vêm a se constituir no que pode ser chamado de **devido processo legal eleitoral**, cujo escopo é o de garantir o pleno exercício dos direitos políticos por seus titulares – eleitores, candidatos e partidos – além de assegurar a igualdade de chances, como corolário do processo democrático de escolha de representantes.

---

35 Michel Rosenfeld. A Identidade do Sujeito Constitucional, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

36 ROSENFELD, Michel. 11 Const. Commentary 432,435 (1994) examinando o livro de Gary J. Jacobsohn, Apple of Gold, Constitucionalism in Israel and in the United States (1993)).

Não seria demasiado dizer, que o mesmo fundamento que vincula o legislador, expressamente previsto no art. 16 da Constituição Federal, estende-se também à jurisdição eleitoral e constitucional em face de decisões que interfiram no processo eleitoral a menos de um ano das eleições, ainda que fundadas no princípio democrático ou na moralidade da legislação.

A forma como foi conduzido todo o processo de julgamento da Lei da Ficha Limpa, mediante uma excessiva concessão judicial à opinião pública e praticamente nenhuma ao titular do direito eleitoral passivo, suscita questões referentes à legitimidade da jurisdição constitucional-eleitoral, máxime para suplantar cenários políticos a menos de um ano do pleito.

Nesse contexto e visando a explicitar esse devido processo legal eleitoral se poderia ainda pensar em uma alteração da Constituição Federal com o fim de que fosse incluído na redação do art. 16, ao lado da menção à lei, a expressão "interpretação judicial", de forma a se garantir que as eleições ocorram dentro de um quadro de estabilidade e de previsibilidade.

A anterioridade da lei que altera o processo eleitoral

A questão da anterioridade da lei eleitoral e do alcance da norma constitucional do art. 16 não chega a ser novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, ao menos três processos de natureza objetiva são emblemáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354-2, com data de acórdão de 24 de setembro de 1990, que tratou da aplicabilidade imediata da lei que modificou os arts. 176 e 177 do Código Eleitoral sobre normas relativas à contagem de votos;

ii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345, com acórdão de 25 de agosto de 2005, em que constou como requerido o Tribunal Superior Eleitoral por editar a Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004, que estabeleceu a

proporcionalidade do número de vereadores, de acordo com os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917;

iii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741-2, ajuizada contra a aplicação da Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, denominada de Minirreforma Eleitoral, que dispõe sobre a propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais.

O resultado dos votos colhidos nessas Ações Diretas demonstra o objetivo da Corte em esquadrinhar leis eleitorais sob o argumento de ser necessário averiguar um possível rompimento da igualdade de participação dos atores políticos, a deformação do processo eleitoral no sentido de afetar a normalidade das eleições e a perturbação do pleito e, ainda, um eventual propósito casuístico da lei.

Da instituição desses parâmetros de julgamento pelo Supremo Tribunal é que surge o argumento de que leis casuísticas linearmente, isto é, que supostamente atingem a todos os atores políticos, seria admitida independentemente de obediência ao prazo de vacância preconizado pelo art. 16 da Constituição Federal.

Tais paradigmas de decisão, além de deixar entrever o forte decisionismo com que atua o Supremo Tribunal, ainda provoca forte influência sobre outros, em especial o Tribunal Superior Eleitoral.

O voluntarismo da Corte, ademais, a impede de ter em consideração que a aplicabilidade de nova norma eleitoral à eleição que ocorre antes de um ano de sua edição já significa a adição de um critério casuístico.

De fato, construções jurídicas que visam a afastar a incidência restritiva do art. 16 da Constituição Federal sempre terão como ponto de partida o próprio conteúdo da norma analisada em face do dispositivo constitucional, o que compromete a objetividade dos critérios decisórios.

Por outro lado, o subjetivismo da Corte fica ainda mais evidente quando se verifica que em outros julgados a decisão é no sentido diametralmente oposto, ou seja, o de ressaltar a importância do art. 16 da Constituição, até o ponto de se erigi-lo praticamente ao status de uma cláusula pétrea, como se deu

no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8[37], em que o art. 16 foi utilizado como fundamento para obstar a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, no caso conhecido por “verticalização”.

Os parâmetros decisórios de que se valeu a Corte nos acórdãos anteriormente citados sequer chegaram a ser ventilados no julgamento dessa ADI nº 3.685-8/DF, onde, na construção argumentativa que chegou à transcendência do art. 16, a Min. Hellen Gracie, Relatora, asseverou:

> É a própria Constituição que estipula um limite temporal para a plena aplicabilidade das novas regras que venham a alterar o processo eleitoral, acrescentando que por critério do legislador originário, somente após um ano contado da sua vigência, terá a norma aptidão para reger algum aspecto do processo eleitoral sem qualquer vinculação a circunstância de fato anterior à sua edição. A eleição alcançada nesse interregno fica, por isso, blindada contra as inovações pretendidas pelo legislador, subsistindo, assim, a confiança de que as regras do jogo em andamento ficarão mantidas.

No mesmo julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa também foi enfático ao consignar:

> Não é preciso grande esforço interpretativo para se concluir que mudança de tal magnitude, introduzida a poucos meses do início formal da disputa eleitoral, caso tenha admitida sua aplicação às eleições do corrente ano, não apenas interferiria de maneira significativa no quadro de expectativas que o eleitor (titular dos direitos políticos) e as agremiações partidárias vinham concebendo em vista do pleito que se avizinha, mas também – e isso não há dúvida – teria formidável impacto no respectivo resultado.

A Emenda Constitucional nº 52, de 2006, havia simplesmente dado nova redação ao art. 17, § 1º, que integra o Capítulo “Dos Partidos Políticos”, para reafirmar a autonomia dos partidos em adotarem critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Interessante notar que o constituinte derivado veio atuar somente depois de o Tribunal Superior Eleitoral, em março de 2002, mediante mero processo

---

37 ADI 3685/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 22/03/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 10-08-2006, p. 19.

de interpretação de normas, haver restringindo a autonomia partidária de estabelecer suas coligações para as eleições daquele ano, impondo a "verticalização", em que as coligações para a eleição majoritária para a Presidência da República vinculava as coligações nos níveis institucionais inferiores.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face da resolução do TSE que foi editada a partir dessa interpretação restritiva, que, por sinal, não decorre diretamente de nenhuma lei formal, foi julgada procedente pelo STF para afastar a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional nº 52, de 2006, constando de sua ementa o seguinte:

> 5. Além do referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos do arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, LIV).

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral

Cabe aqui uma menção especial à ingerência normativa autônoma que o Tribunal Superior Eleitoral causa no processo eleitoral. Algo que está longe de ser raro.

Tal ingerência decorre em grande parte devido à atribuição conferida ao TSE de expedir instruções, atividade em que acaba por exacerbar o texto legal e exercer uma competência normativa primária, a ponto de alguns doutrinadores chamarem-na de atividade legislativa da Justiça Eleitoral[38].

O exercício de poder inerente à edição de Instruções, por certo, se reflete também no julgamento de recursos. Como afirma Antonio Tito Costa, o TSE, em diversas oportunidades, extrapola os limites delineados pela lei, criando novas regras "que apresentam em geral nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando textos de leis" [39].

---

[38] Adriano Soares da Costa, Instituições de Direito Eleitoral, Belo Horizonte, 2002, ed. Del Rey, p. 318.
[39] Recurso em Matéria Eleitoral, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

E, os eventuais apelos ao Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral, seja por meio de recursos em processos de cunho subjetivo, seja em controle normativo de caráter objetivo, praticamente jamais revertem a decisão tomada pela Corte daquela justiça especializada.

Aliás, já seria suficiente para causar espanto e apreensão o fato de o Supremo Tribunal Federal exercer um controle abstrato de normas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral por meio de resoluções, que, a rigor, não podem, de forma autônoma, geral e vinculante, inovar na ordem jurídica em concorrência com as leis em sentido formal.

Assim, como a resolução do TSE deveria apenas regulamentar a fiel execução da lei, qualquer incompatibilidade deveria ser solucionada pelo princípio da hierarquia e não pelo sistema de controle abstrato de normas.

Nesse rumo, é bom que se anote, era a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que simplesmente não conhecia de ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face de instruções do TSE, principalmente no caso de respostas a consultas, como ficou assentado no julgamento proferido na ADI 2626/DF[40], em que se consignou que:

> Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI nº 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI nº 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI nº 147, Rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.

---

[40] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.626/DF. Rel. Min. Sydney Sanches; Rel. para o acórdão, Min. Hellen Gracie. Publicado no D. J. de 05.03.2004.

Diante da prática recorrente do Tribunal Superior Eleitoral de expedir instruções autônomas, independentemente de lei, foi-lhes dado o enquadramento de ato normativo federal, previsto no art. 102, inciso I, “a” da Constituição, dispositivo que sempre teve em vista os decretos autônomos do Poder Executivo.

A partir daí passou o STF a formular uma distinção segundo o objeto impugnado, na linha do decisionismo subjetivo, que lhe permitiu conhecer de ações de constitucionalidade sobre as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, assumindo, assim, ao menos em tese, o controle abstrato dos pronunciamentos normativos do TSE.

Adaptou-se a Suprema Corte a uma prática que, na realidade, haveria de ser reprimida na origem, qual seja, a de permitir a edição dessas resoluções autônomas, que, ao inovarem no ordenamento jurídico, atuam sem qualquer fundamento de validade, alheio ao escalonamento de normas aventado pela genialidade de Kelsen[41]. Isso, além de significar a imposição de restrições a direitos políticos fundamentais independentemente de lei formal.

O problema é que a assunção dessa nova competência por parte do Supremo Tribunal Federal, na prática, nem restringiu a edição de atos normativos autônomos pelo TSE, o que seria desejável, nem significou a imposição de limites materiais a esses atos. Inversamente, parece que o controle abstrato que o STF passou a admitir, em certa medida, transmitiu maior confiança ao TSE para seguir sua tendência normativa expansionista, como se a partir disso pudesse ousar ainda mais.

Por outro lado, partindo da perspectiva do Supremo Tribunal Federal, a própria composição das duas Cortes não contribui para tornar absolutamente independente o controle concentrado dos atos editados pelo TSE, já que dos sete ministros que compõem aquele órgão da justiça especializada, três são simultaneamente ministros do STF.

Esse simples fato, em alguma medida, acaba por interferir no desempenho independente da função de “guardião” da Constituição, em face de

[41] Op. cit., p. 247.

resoluções e decisões de cunho eleitoral, tornando o ambiente propício a um simples referendo dos atos impugnados.

A própria jurisprudência do Supremo, consubstanciada na Súmula 72, é no sentido de que não se aplica ao controle abstrato de normas o instituto do impedimento contemplado no Código de Processo Civil, que se restringiria apenas ao processo de cunho subjetivo, ou seja, que envolvam interesses individuais e situações concretas.

A súmula 72, aprovada em 13 de dezembro de 1963, tendo como fundamento de validade, portanto, a Constituição Federal de 1946, é do seguinte teor:

> No julgamento de questão constitucional, vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.

Os precedentes dessa súmula 72 são: o Recurso Eleitoral nº 367, o Recurso em Mandado de Segurança nº 9.093 e o Recurso em Mandado de Segurança nº 9.175.

O Recurso Eleitoral nº 367, julgado em 11.09.1963, foi interposto contra a declaração de inelegibilidade decretada pelo TSE, mas nele não se chegou a abordar a questão da simultaneidade de julgadores entre os dois Tribunais e o possível impedimento decorrente desse fato.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 9.093, julgado em 3.12.1963, uma preliminar foi suscitada pelo Min. Pedro Chaves no sentido de saber se eram habilitados a votar no STF ministros que tivessem participado do julgamento no Tribunal Superior Eleitoral. Prevaleceu a conclusão eminentemente prática de que, a não se admitir a participação simultânea dos ministros nos julgamento nas duas Cortes, isso poderia levar a um eventual impasse caso não se obtivesse quórum necessário para a declaração de constitucionalidade de ato ou matéria submetida ao crivo do Supremo Tribunal, embora se tenha reconhecido que os integrantes do TSE não fariam senão repetir o voto já proferido antes. Ademais, como argumentou o Min. Victor Nunes Leal, seria de se estranhar o estabelecimento de duas maiorias absolutas

no plenário do STF, uma em função da sua totalidade normal de onze juízes, outra em função da sua totalidade relativa, de nove, nas questões eleitorais [nessa época apenas dois ministros do STF funcionavam no TSE e outros dois funcionavam como suplentes].

O último precedente da súmula 72 se constitui no Recurso em Mandado de Segurança nº 9.175, de 10 de março de 1963, onde a questão do impedimento também não chegou a ser abordada e onde consta *en passant* que o recurso havia sido adiado para primeiro decidir-se a questão de saber se os ministros em exercício no TSE votam matéria constitucional eleitoral no STF, o que aparentemente foi decidido em outros autos, aos quais não se faz referência.

Desde então a questão do impedimento de ministros do STF que atuam no Tribunal Superior Eleitoral, quando suscitada, vem sendo dirimida mediante simples referência à súmula e aos precedentes citados, sem uma reanálise convincente que supere os motivos de ordem prática que induziram essa decisão.

Essa complexa matéria do dúplice julgamento (ou autojulgamento) está a requerer uma abordagem mais científica, em que seja considerado o fato de a situação atual levar a uma mera repetição de votos no TSE e no STF e da duplicidade de atuação judicial em diferentes instâncias em ações que não necessariamente tratam de matéria constitucional, além da circunstância de que, mesmo em sede de controle abstrato, a decisão acaba por atingir direitos subjetivos individuais ou individualizáveis.

Assim, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral tenha prestado informações no processo de controle abstrato de normas, cujo objeto seja resolução ou outro ato normativo da Corte, mesmo que se manifeste na defesa do ato impugnado e de sua constitucionalidade, e ainda que participe de sua formulação e edição, não se estará impedido de participar do julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, haja vista se tratar de um processo objetivo, isto é, sem partes, onde constam apenas interessados, enquanto os institutos do impedimento e da

suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos, em cujo âmbito se discutem situações individuais e interesses concretos[42].

O que ocorre hoje, entretanto, é que mesmo na apreciação de processos de caráter subjetivo e concreto não há o reconhecimento de impedimento ou suspeição por parte de ministros que tenham atuado na causa perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Esse é caso, citando mais uma vez o exemplo, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.102, em que se chegou a um insólito empate e no qual votaram efetivamente todos os membros do STF, mesmo os que haviam participado tanto do julgamento do Recurso Ordinário nº 64.580 perante a Corte Eleitoral, acórdão esse em face do qual se recorria, como da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, que decidiu pela aplicabilidade imediata e retroativa da Lei Complementar nº 135, de 2010 e que serviu de precedente ao citado recurso ordinário.

Portanto, o risco do impasse decorrente de não se obter o quórum necessário para a declaração da constitucionalidade ou não do ato ou da matéria arguida perante o Supremo Tribunal Federal, como aventado pelo Min. Ribeiro da Costa no Recurso em Mandado de Segurança nº 9.093 – DF, processo que serviu de precedente à súmula 72, acabou sendo provocado pela participação de todos os ministros em sessão de julgamento e não pelo impedimento dos que atuaram junto ao Tribunal Superior Eleitoral, como se imaginou.

Paradoxalmente, é interessante notar que a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas não impede, segundo a jurisprudência do STF, a possibilidade de qualquer Ministro invocar razões de foro íntimo, previsto no art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como fundamento para se exonerar do julgamento do feito, mesmo que seja o relator da causa.

Nesse cenário, parece consolidada a posição jurisprudencial que, se não é a mais consentânea intelectualmente é a que melhor assegura as prerrogativas de seus membros, embora seja também a mais prepotente e a mais absenteísta,

---

[42] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/DF. Relator Min. Celso de Mello. Publicado no D. J. 154, de 20 de agosto de 2010.

já que a própria discussão desse tema no Plenário do STF, ante uma possível questão de ordem prévia ao julgamento de um ato do TSE, teria de partir da preliminar de saber se os ministros que estivessem acumulando a competência eleitoral poderiam ou não votar.

Esse decisionismo, porém, não consegue responder minimante às dúvidas que surgem, em especial as que se referem à parcialidade que decorre do pronunciamento judicial antecipado e da consequente filiação à tese em razão do julgamento perante o Tribunal Superior Eleitoral, o que faz surgir um interesse natural no sucesso do argumento defendido.

Não há como se negar, portanto, que o que está em jogo no julgamento realizado no âmbito da Corte Eleitoral que chega ao Supremo Tribunal Federal é, em grande aspecto, um autojulgamento.

A Pesquisa de Campo

Diante dos fatos acima descritos e de todas as circunstâncias mencionadas, é que configurou-se a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal em nenhum dos casos que apreciou em sede de controle abstrato de normas jamais reformou um ato normativo sequer editado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Visando à confirmação dessa hipótese, procedeu-se a pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet sobre o resultado do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em que constaram como requerido o Tribunal Superior Eleitoral e que tenham sido ajuizadas de 30 de setembro de 1997, data de edição da Lei nº 9.504, que é a lei que regula as eleições, e cujo julgamento tenha sido publicado até 31 de julho de 2012.

Como acima mencionado, inicialmente o Supremo Tribunal Federal não conhecia das Ações Diretas em face de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral em razão de, no entendimento jurisprudencial, não terem natureza normativa originária, nem caráter vinculativo.

Esse foi o resultado encontrado para o seguinte grupo de ações:

1. ADI nº 1805-2/DF, Relatora Min. Rosa Weber, distribuída em 18 de março de 1998 e que foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT; pelo Partido dos Trabalhadores – PT; pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B; e, pelo Partido Liberal – PL em face da Emenda Constitucional 16, de 1997 e demais dispositivos, inclusive as Resoluções do TSE nº 19952, 19953,19954, 19955, todas de 02.09.97, que responderam negativamente a consultas sobre a necessidade de desincompatibilização dos titulares do Poder Executivo para que pudessem concorrer à reeleição.

2. ADI nº 1822-4/DF, Relator Min. Moreira Alves, distribuída em 29 de abril de 1998, ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS contra os incisos I e II do art. 47 e seus §§ 3º e 4º da Lei nº 9.504/97 e Resolução do TSE nº 20.106, de 4.03.1998, dispositivos que tratavam da distribuição de horário para propaganda eleitoral.

3. ADI nº 2243-1, Relator Min. Marco Aurélio, distribuída em 2 de agosto de 2000, ajuizada pelo Partido Liberal – PL contra a Resolução do TSE nº 20.562, de 2 de março de 2000, que tratou da distribuição de horário de propaganda eleitoral.

4. ADI nº 2626-7, Relator Min. Sydney Sanches, distribuída em 12 de março de 2002, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Liberal – PL, pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB e pelo Partido Popular Socialista – PPS contra a Resolução do TSE nº 20.993, de 6 de fevereiro de 2002, que tratou das condições impostas aos Partidos Políticos para firmarem coligações e que ficou conhecida como "regras de verticalização".

5. ADI nº 2628-3/DF, Relator Min. Sydney Sanches, distribuída em 14 de março de 2002, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL também contra a Resolução do TSE nº 20993, de 6 de fevereiro de 2002. Segundo o julgamento, tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta a consulta, o objeto da ação consistiu em ato de interpretação que não se submete ao controle concentrado de legalidade.

6. ADI nº 3256-9, Relator Min. Celso de Mello, distribuída em 2 de agosto de 2004, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Resolução do TSE nº 21.495, de 9 de setembro de 2003. Como houve o exaurimento da eficácia da norma impugnada pela realização das eleições municipais de 2004, o Tribunal julgou extinto o processo.

7. ADI nº 3257/DF, Relator Min. Cezar Peluso, distribuída em 2 de agosto de 2004, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB contra a Resolução do TSE nº 21.834, que dispunha sobre propaganda eleitoral. Foi negado seguimento à ação por decisão monocrática em razão do exaurimento da eficácia da norma pela realização das eleições.

Outras ações diretas de inconstitucionalidade, que também foram ajuizadas em face de Resoluções do TSE, não chegaram a ser conhecidas por flagrante ilegitimidade do requerente, listando-se, nesse grupo, as seguintes:

1. ADI nº 3611/DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, distribuída em 9 de novembro de 2005. Originalmente, tratava-se de ação ordinária declaratória de inconstitucionalidade da Resolução do TSE nº 21.702, de 2 de abril de 2004, e 21.803, de 8 de junho de 2004, que fixou o número de vereadores a serem eleitos nos municípios conforme os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917. O juiz *a quo* reconheceu a sua incompetência para julgar o caso e remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal, onde foi autuado como ação direta de inconstitucionalidade. Ante a ilegitimidade passiva da parte, a ação não foi conhecida por decisão monocrática do relator.

2. ADI nº 3693/BA, Relator Min. Joaquim Barbosa, distribuída em 27 de março de 2006, tinha o mesmo objeto da anterior, isto é, Resoluções do TSE nº 21.702 e 21.803, que fixou o número de vereadores, também recebida no Supremo Tribunal em razão de remessa de juiz *a quo* que se deu por incompetente. A ação não foi conhecida por decisão monocrática.

2. ADI nº 3822/PA, Relator Min. Joaquim Barbosa, distribuída em 21 de novembro de 2006. Tratava-se de ação ordinária visando à declaração de inconstitucionalidade da Resolução do TSE nº 21.702, a mesma dos casos

anteriores, em que o juiz eleitoral declinou sua competência em favor do Tribunal Regional Eleitoral que, por sua vez, se deu por incompetente e remeteu os autos ao STF. Ação não conhecida por decisão monocrática do relator.

3. ADI nº 4119/DF, Relator Min. Celso de Mello, distribuída em 15 de agosto de 2008. Neste caso, a ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada diretamente perante o Supremo Tribunal por coligação partidária municipal, visando à impugnação da validade da Resolução do TSE nº 21.702. A ação não foi conhecida por decisão monocrática do relator. Neste momento, porém, o Supremo Tribunal já havia confirmado a constitucionalidade do ato normativo na ADI 3.345/DF, que tratou do tema objeto da ação.

Por fim, há um terceiro grupo de ações ajuizadas durante o ano de 2011, em face do Tribunal Superior Eleitoral, e que ainda se encontram pendentes de julgamento tanto da liminar como do mérito. São elas:

1. ADI nº 4542, que foi distribuída em 31 de janeiro de 2011 ao Min. Joaquim Barbosa, onde o Partido Democratas – DEM pleiteia interpretação da legislação eleitoral que permita o cômputo, para o partido ou para a coligação, dos votos obtidos por candidato com registro provisoriamente deferido na época da eleição, mas cassado posteriormente. Pede, também, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 147 e de seu parágrafo único, da Resolução nº 23.218/2010 do TSE. De acordo com esse artigo, "serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral – Lei 4.737/65 - , artigo 175, parágrafo 3º, e Lei 9.504/97 – Lei Eleitoral, artigo 16-A).

2. ADI nº 4583, distribuída em 12 de abril de 2011, encontra-se atualmente sob a relatoria da Min. Rosa Weber. Por meio dessa ação o Partido Popular Socialista – PPS impugna dispositivo da Resolução do TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, pela qual a criação de nova legenda é justa causa para a desfiliação de parlamentar de seu partido de origem sem perder o mandato. Alega o requerente que a criação de novo partido não pode ser justa causa à desfiliação, uma vez que o partido de origem não age de modo a ensejar a

desfiliação de seus membros. Por isso, essa hipótese seria “um atentado ao princípio da fidelidade partidária”.

3. ADI nº 4591, distribuída em 26 de abril de 2011, tem como Relator o Min. Dias Toffoli e interessados o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas – DEM, que se insurgem contra a Resolução 22.121/05, do Tribunal Superior Eleitoral, com as alterações da Resolução 22.746/08. As normas estabelecem regras de adequação de institutos ou fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política de partidos políticos ao Código Civil de 2002. Para os partidos, a determinação do TSE afronta o princípio da autonomia partidária, previsto no artigo 17, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que assegura aos partidos políticos a autonomia para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade Mais Relevantes

1. ADI 3345-0/DF

Em 10 de novembro de 2004, o Partido Progressista – PP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/DF em face da Resolução do TSE nº 21.702, de 2 abril de 2004, que fixou instruções sobre o número de vereadores a serem eleitos segundo a população de cada município, de acordo com os critérios que haviam sido declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917, o que valeria já para a eleição municipal que se realizaria naquele ano de 2004.

Exatamente com o mesmo objeto, o Partido Democrático Trabalhista – PDT, alguns dias depois, precisamente em 9 de dezembro de 2004, ajuizou também outra Ação Direta de Inconstitucionalidade que tomou o nº 3365/DF. Ambas as ações tiveram como relator o Min. Celso de Mello, que as levou a julgamento conjuntamente, proferindo voto comum aos dois feitos.

A relevância desse julgamento está representada pela “virada” na jurisprudência do STF, que, como visto, até então não conhecia de atos normativos produzidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, em vista do caráter

secundário e não primário da norma, que não detinha as características de generalidade e abstração, impessoalidade e vinculação próprias da lei formal.

Entretanto, inaugurando um raciocínio que veio a se tornar predominante, embora, nem por isso, menos questionável em termos de dogmática jurídica, sobressaindo o decisionismo da Corte e a conveniência do julgamento de acordo com o objeto em discussão, e onde se constata até mesmo certa necessidade de autoafirmação da Corte perante os demais Poderes, o acórdão proferido foi abrangente o suficiente para impor conclusões sobre mais de um tema.

Assim, é que nesse julgamento:

a) se reafirmou que o Presidente do TSE, embora prestando informações no processo nessa condição, não está impedido de participar de seu julgamento no Plenário da Suprema Corte, da mesma forma que os demais ministros que tenham participado da formulação e edição de atos ou resoluções impugnadas;

b) paradoxalmente, entendeu-se que é facultado ao ministro que se encontre na situação anterior invocar razões de foro íntimo como justificativa autorizadora de seu afastamento do julgamento, ainda que seja o relator;

c) reconheceu-se o cabimento do controle concentrado de normas sobre resolução do TSE, que "encerra em seu conteúdo material clara 'norma de decisão', impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata";

d) declarou-se que a citada Resolução nº 21.702/2004, meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo STF e não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, preconizada no art. 16.

De lembrar-se que, embora na data desse julgamento ainda estivesse em vigor o texto original do art. 105 da Lei nº 9.504/97, este já era expresso em restringir as instruções (que são aprovadas por meio de resoluções) ao mínimo

necessário à execução da lei, como se pode verificar, conforme seus próprios termos:

> Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito. (redação em vigor até 29 de setembro de 2009, data de edição da Lei nº 12.034).

A despeito do momento histórico em que foi editada a Lei nº 4.737/65 – Código Eleitoral, já nesse estatuto se restringia a expedição de instruções pelo TSE unicamente à execução das normas constantes de seu texto, sendo clara sua redação:

> Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
>
> IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

Mostra-se, assim, excessiva, sob todos os aspectos, a conclusão jurisprudencial a que se chegou o julgamento da ADI nº 3345/DF.

A doutrina é unânime em restringir o alcance do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral, que deve estar sempre limitado aos estritos termos do que dispõe a lei eleitoral. Como afirma Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira[43], "as resoluções dos Tribunais Eleitorais servirão para dirimir eventuais dúvidas em aplicação das leis citadas, estabelecer critérios para os procedimentos adotados em cada região, autorizado expressamente o Tribunal Superior Eleitoral pelo art. 105, caput, da Lei 9.504/97."

Como não poderia deixar de ser, há, de fato, limite à edição das resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral, pois quando o faz apenas cumpre a competência que lhe foi atribuída pelo art. 23, inciso IX Código Eleitoral e pelo art. 105 da Lei das Eleições, que a Lei nº 12.034/2009 alterou para torná-lo ainda mais restritivo, nos termos da seguinte redação:

> Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, <u>atendendo ao caráter regulamentar</u> e <u>sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das prevista nesta Lei</u>, poderá expedir todas as instruções necessárias para a sua fiel execução, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (grifei)

---

43 Direito Eleitoral Brasileiro, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2004, p. 142.

Há, portanto, um limite temporal, pois as instruções poderão ser expedidas somente até o dia 5 de março do ano da eleição; há um limite formal, pois suas resoluções devem assumir a forma de instrução e não qualquer outra e, mais importante, há um limite material, sobre o seu conteúdo, já que não podem inovar, criar ou extrapolar o disposto na lei ou na Constituição.

Como afirma Antonio Tito Costa, o TSE, em diversas oportunidades, extrapola os limites antes delineados, criando novas regras “que apresentam em geral nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando textos de leis”.

Disso se pode concluir que a interpretação que se tem dado à expressão “expedir instruções que julgar convenientes” pode ter sido entendida como uma competência normativa ampla, o que jamais esteve na redação da lei.

De uma forma geral, referendou-se com encômios a decisão do TSE com o argumento de que a resolução impugnada consubstanciava a explicitação de anterior julgamento do STF e que se limitou a agir em função da valorização da ordem constitucional.

2. ADI nº 3999-7/DF

A ADI nº 3999-7/DF teve como Relator Min. Joaquim Barbosa e foi distribuída em 20 de junho de 2008, tendo sido ajuizada pelo Partido Social Cristão – PSC visando à impugnação da validade das Resoluções do TSE nº 22.610/2007 e 22.733/2008, que tratou da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa e o processo de justificação da desfiliação partidária.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal admitiu placidamente a edição de ato normativo autônomo pelo Tribunal Superior Eleitoral, conhecendo da ação para julgá-la improcedente, a despeito de toda a robusta argumentação formulada pelo interessado. Esses argumentos foram basicamente os seguintes:

a) contrariedade ao art. 121 da Constituição, já que o art. 2º da resolução atribui competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por

infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, o que contraria a reserva de lei complementar exigida para a definição das competências de tribunais, juízes e juntas eleitorais;

b) usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da resolução inovar normativamente a perda de cargo eletivo. Além disso, a resolução ainda estabelece normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas, o prazo para a resposta e as consequências da revelia, os requisitos e direitos de defesa, o julgamento antecipado da lide, a disciplina e o ônus da prova.

c) a resolução ainda teria discrepado da própria decisão que a inspirou, emanada do STF, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado, ante a omissão do partido político, poder postular a perda do cargo eletivo. A instituição de nova competência ao Ministério Público afrontaria a reserva de lei em sentido estrito. Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção decorrente da infidelidade partidária, uma vez que o mandato pertenceria ao Partido.

A despeito de todos esses argumentos, entendeu o STF que não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo, mesmo que, pelo visto, esse instrumento afrontasse a Constituição Federal.

O reconhecimento do despotismo normativo ficou subjacente no voto do relator, conforme declaração que constou da ementa:

> As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismo para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.
>
> São constitucionais as Resoluções 22.610/2007e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral."

Na ADI nº 4086-3/DF, distribuída em 5 de junho de 2008 ao mesmo Relator, Min. Joaquim Barbosa, o Procurador-Geral da República formulou

pedido similar que, entretanto, tendo sido julgada em conjunto com a ação anteriormente ajuizada pelo PSC, recebeu a mesma decisão.

Assim, em nome do princípio democrático e em assumida mudança de rumo jurisprudencial, o STF referendou as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE e estabeleceu um novo caso de perda de mandato parlamentar, além daqueles já previstos no texto constitucional, entendendo que a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato.

Ou seja, sem considerações que tivessem lastro direto no texto constitucional, a Suprema Corte referendou mais uma decisão da justiça eleitoral, de forma independente de manifestação de legislador ordinário, para reconhecer posteriormente que as resoluções impugnadas surgiram em contexto excepcional e transitório, "tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar"[44].

Sobressalta também o fato de que, embora o julgamento do Mandado de Segurança tenha-se realizado em 4 de outubro de 2007, o STF deu efeitos retroativos ao novo instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, ocorrida em 27 de março de 2007.

Esse julgamento causaria maior surpresa não fosse o proferido anteriormente na ADI 3345/0-DF, com o qual guarda estrita consonância, em que o Supremo Tribunal Federal proclamou ser o único e competente a reescrever a Constituição, *verbis*:

> O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a

[44] ADI 3999/DF, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento 12/11/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009.

> prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.[45]

Nessa quadra, não deixa de ser pertinente a lembrança de Alexander Bickel[46]:

> Resta-nos fazer as perguntas mais difíceis. Que valores (...) são suficientemente importantes, ou fundamentais, ou seja, o que for, para serem preferidos pela Corte em face de outros valores afirmados pelos atos legislativos? E como a Corte deverá desenvolvê-los e aplica-los?

Da Liminar Concessiva

Em apenas um único caso, dentro do período destacado, foi identificada a concessão de uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 91-A, caput, da Lei nº 9.504/97 e, por arrastamento, ao art. 47, § 1º, da Resolução nº 23.218, de 2.3.2010, do Tribunal Superior Eleitoral, que tratava da obrigatoriedade de exibição concomitante, no momento da votação, do título eleitoral e de documento oficial de identificação com fotografia.

Com fundamento no princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados, foi deferida a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade no sentido de que apenas a ausência de

---

[45] ADI 3345-0/DF. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 25.08.2005 e publicado em 20.08.2010, RTJ 217/110.

[46] The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition. Yale University Press. New Haven and London, p. 55: "Yet it remains to ask the hardest questions. Which values, among adequately neutral and general ones, qualify as sufficiently important or fundamental or whathaveyou to be vindicated by the Court against other values affirmed by legislative acts? And how is the Court to evolve and apply them?"

documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto.

Confirmação da Hipótese

Vê-se, portanto, confirmada a hipótese suscitada de que os atos do Tribunal Superior Eleitoral, quando submetidos ao crivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, são reconhecidos como válidos.

O que já era uma suspeita bastante concreta, foi, assim, confirmada pela análise das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face do Tribunal Superior Eleitoral no período de 30 de setembro de 1997 até esta data, concluindo-se que a tendência é realmente a de simplesmente referendar os atos normativos editados por aquela Corte.

No momento de redação deste artigo, surge mais um caso que deve ser destacado por sua pertinência com o tema tratado. O jornal O Globo, na edição física do dia 2 de agosto de 2012, traz em sua página 11 a notícia de que o Supremo Tribunal Federal julgou o caso conhecido o do "prefeito itinerante", isto é, o do candidato a prefeito que, já tendo cumprido dois mandatos em seu município de origem, troca de domicílio eleitoral para concorrer a um terceiro mandato consecutivo.

O TSE vinha entendendo desde 2010 que é inelegível o candidato a prefeito pelo terceiro mandato, ainda que em município diverso.

Embora tenha concluído que a decisão não deve retroagir, em razão da segurança jurídica, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto condutor em que considerou inelegível o candidato nessas condições.

Esse último caso apenas vem se juntar ao rol das ações identificadas na pesquisa, confirmando os dados coletados no sentido da tendência quase absoluta de as decisões proferidas pelo TSE serem simplesmente ratificados pelo STF, em decorrência das várias razões apresentadas, entre as quais o fato de a composição dos dois Tribunais ser parcialmente coincidente, o que induz sempre a um contexto muito semelhante ao de um autojulgamento.

Nesse quadro, entende-se que o melhor seria que o Brasil dispusesse de uma Justiça Eleitoral autônoma em relação a outros Tribunais, com uma composição que lhe fosse própria e exclusiva, pois ainda que só se tenha eleição de dois em dois anos, nos anos alternados o trabalho de processamento de impugnações e recursos segue intenso.

Ademais, encontram-se em jogo direitos fundamentais eleitorais, de que são titulares eleitores, candidatos ou partidos políticos, o que já seria suficiente para se garantir, mediante uma justiça eleitoral destacada das demais, a observância de um plexo de normas insculpidas na Constituição que vêm a se constituir no devido processo legal eleitoral, a ser respeitado não somente pelos Poderes Legislativo e Executivo, mais também pelos órgãos judiciais.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, Malheiros, 2ª edição, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, Vol. 2, 3ed., Saraiva, 2004

BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press - New Haven and London. Second edition, p. 55.

CARNEIRO, Nelson. A Cassação dos Mandatos e suas Consequências Políticas, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1948.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro, Del Rey, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

COSTA, Antonio Tito. Recurso em Matéria Eleitoral, 7ª edição, RT, São Paulo, 2000.

DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946, v. 2º/ 516, 1947.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito / Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo; Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).

ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança – Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade / John Hart Ely; tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo; Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I; [Tradução Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini]. – 6ª edição – Petrópolis, RJ : Vozes, Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 1997, - Segunda Parte: A Extensão da Questão da Verdade à Compreensão nas Ciências do Espírito.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: [tradução João Baptista Machado] – 6ª ed. – São Paulo; Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. O Poder Normativo da Justiça Eleitoral, João Pessoa, Sal da Terra, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo e TAVARES, André Ramos. Vade-Mécum Eleitoral, Integrado com Resoluções, Súmulas e Jurisprudência, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

MACKAY, Charles. Ilusões Populares e a Loucura das Massas, tradução Fidelity Translations. Rio de Janeiro, 2001.

MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional 2002-2010, Saraiva, Série IDP, 2011.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990.

NETO, Manoel Carlos de Almeida. Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, in Revista Brasileira de Direito Eleitoral, Belo Horizonte, n. 3, p. 179/188.

RIBEIRO, Fávila. Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 93.

QUEIROZ, Cristina. A Interpretação Constitucional e o Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional, Coimbra Editora, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado - v.1, n. 2, abr./jun. 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., RT, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. http://www.stf.jus.br.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. HTTP://www.tse.jus.br.

WOLFE, Christofer. La Transformacion de La Interpretacion Constitucional; [Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel]. – Madrid : Editorial Civitas, S. A., 1991.

A CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA QUE DETERMINOU O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO DEFINITIVO PARA JULGAMENTO DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESAS

Juraci Guimarães Júnior[47]

"A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz do soberano o cidadão-povo, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo" (Paulo Bonavides)

RESUMO: O artigo analisa os fundamentos da alteração advinda da Lei da Ficha Limpa que determinou o Tribunal de Contas como órgão competente para o julgamento definitivo do Chefe do Poder Executivo ordenador de despesas. Critica o entendimento jurisprudencial que vai se formando no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral em fazer "tabula rasa" essa modificação legal. Sustenta a constitucionalidade dessa alteração da Lei da Ficha Limpa com fundamento na correta interpretação sistemática dos preceitos constitucionais que tratam da prestação de contas pelo Chefe do Poder Executivo, na conformação do texto constitucional pelo legislador ordinário e na democracia participativa como meio legítimo de interpretação da Constituição.
Palavras-Chave : Lei da Ficha Limpa. Tribunal de Contas. Chefe do Poder Executivo. Ordenador de Despesas.

ABSTRACT: The article examines the fundamentals of change arising from the Clean Record Law determined that the Court of Auditors as the body responsible for the final decision of the Chief Executive Oficcer of Power costs. Criticizes the legal understanding that will be forming in the Suprem Court and the Superior Electoral Court in making "tabula rasa" this legal modification. Sustains the constitucionality of this amendment to the Clean Record Law

---

47 Mestre em Direito e Instituições de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Processo Civil pela UniCEUB. Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal. Professor Auxiliar da Universidade Estadual do Maranhão. Professor da Pós-Graduação de Direito Eleitoral da UFMA/TRE-MA e UFPI/TRE-PI. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da Universidade Dom Bosco. Procurador da República no Estado do Maranhão. Currículo Lattes <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4416837J2>

systematic basis in the correct interpretation of constitucional provisions delaing with the accountability of the Chief Executive, in shaping the Constitucion by ordinary legislator and participatory democracy as a legitimate means of interpretation of the Constitution.
Keywords : Clean Record Law. Court of Accounts. Chief Executive. Authorising expenses

1 – INTRODUÇÃO

Fruto de um projeto de lei de iniciativa popular que contou com a adesão de um milhão e trezentos mil cidadãos, coordenado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral com o auxílio da sociedade civil organizada e entidades de classe do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia, foi promulgada a Lei Complementar nº 135/2010, que ficou conhecida como "Lei da Ficha Limpa".

A Lei da Ficha Limpa trouxe profundas alterações na Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) e veio ao encontro da pretensão atual da sociedade brasileira de regras mais rígidas que impedissem a candidatura de políticos cuja vida pregressa não demonstrasse a moralidade necessária para o exercício do mandato.

Ainda durante a sua tramitação, a Lei da Ficha Limpa foi objeto de diversas discussões acerca de sua constitucionalidade, tendo sido, posteriormente, questionada em controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, apresentada pelo Partido Popular Socialista – PPS e da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Também teve seu conteúdo constitucional analisado em inúmeras Reclamações propostas por candidatos perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral.

O presente artigo pretende analisar uma dessas discussões, a saber: a constitucionalidade da nova redação do 1º, I, "g", da LC nº 64/90, conferida pela Lei da Ficha Limpa, em face do art. 72, I, da CF/88, no que concerne à

determinação do julgamento definitivo pelo Tribunal de Contas, sem apreciação posterior do ente legislativo, quando se tratar de contas do Chefe do Poder Executivo que atua como ordenador de despesas.

2 – A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DA LEI DAS INELEGIBILIDADES E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL À ÉPOCA

Dispunha originariamente a Lei Complementar nº 64/90 em seu art. 1º, I, "g", *verbis :*

> Art. 1º. São inelegíveis :
>
> I – para qualquer cargo :
>
> (...)
>
> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

Da interpretação do dispositivo é fundamental a análise do órgão competente para apreciar definitivamente as contas do gestor público. Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 determina que, em algumas situações, esse julgamento é realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, em outras, a competência de decisão é do próprio Tribunal de Contas.

Com efeito, na dicção do art. 49, IX, da CF, é da competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República, após prévia apreciação do Tribunal de Cotas da União, a teor do inciso I do art. 71 da Carta Política de 1988.

Tal razão do julgamento político dessas contas anuais do Chefe do Poder Executivo reside do fato de que

> envolve questões atinentes à execução do orçamento votado e aprovado no Parlamento; importa averiguar se os projetos, as metas, as prioridades e os investimentos estabelecidos na lei orçamentária foram atingidos. É lícito que assim seja porque, se

> há uma lei definindo e orientando o sentido dos gastos e investimentos públicos, impõe-se que sua execução seja acompanhada a fiscalizada pelos representantes do povo, que, aliás, a aprovaram (GOMES, 2008, p. 170)

Nessa situação, o Tribunal de Contas da União atua em caráter auxiliar, emitindo parecer prévio encaminhado ao Congresso Nacional que não se encontra a ele vinculado. Desse modo, conquanto o parecer do Tribunal de Contas seja pela rejeição das contas, pode o Poder Legislativo aprová-la, bem como o inverso.

Em face do paralelismo federativo, a regra acima exposta aplica-se aos Estados e Municípios (art. 75, CF). Nada obstante, quanto aos municípios, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu algumas especificidades mais rígidas, ao dispor, no art. 31, parágrafo 2º, que o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas apenas deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Diversamente, reza o art. 71, II, da Constituição Federal, que em relação as contas dos demais administradores e responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração Pública Direta e Indireta compete ao Tribunal de Contas julgá-las.

O julgamento técnico definitivo pelo Tribunal de Contas ocorre em razão do fato de que se analisa a responsabilidade do ordenador de despesas, sujeito que gere o dinheiro público, apõe a assinatura na nota de empenho e no cheque, possibilitando a realização do gasto público, conforme disciplina a Lei nº 4.320/64.

Como bem sintetiza Ferraz (1999, p. 107):

> O Tribunal de Contas desempenha sua função de exame mediante parecer prévio e julgamento de contas. O primeiro consiste na avaliação das contas globais e anuais do Chefe do Poder Executivo; o segundo consiste na análise dos atos de captação de receita e ordenamento de despesas, ou seja, atos com repercussão imediata para o erário respectivo.

Nesse contexto, em face da inelegibilidade descrita na anterior redação do art. 1º, I, "g", da LC 64/90, o Tribunal Superior Eleitoral estabelecia uma distinção : o órgão competente para julgar as contas anuais do Chefe do Poder Executivo é a respectiva Casa Legislativa[48] e em relação aos demais gestores públicos é do Tribunal de Contas [49].

No entanto, restava analisar a situação específica do Chefe do Poder Executivo ordenador de despesas. De fato, embora o Presidente da República e Governador de Estado não atuem como ordenador de despesas, mas apenas gestores do orçamento, muitos Prefeitos dos municípios brasileiros, principalmente das pequenas cidades, acumulam a função de gestores do orçamento – função política – com a de ordenadores de despesa – função administrativa.

Assim, surgia a seguinte indagação : quando o Prefeito atua como ordenador de despesas, a quem compete o julgamento definitivo dessa respectiva conta? À Câmara Municipal, atuando o Tribunal de Contas como órgão auxiliar (art. 71, I, da CF/88) ou ao próprio Tribunal de Contas (art. 71, II, da CF/88)?

Nada obstante agir como ordenador de despesas, o Tribunal Superior Eleitoral sustentou que o Tribunal de Contas também nessa situação tem uma função meramente auxiliar[50], pois a "Câmara Municipal é o órgão competente para apreciar as contas de governo e de gestão do prefeito municipal" [51]. Esse também foi o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal. [52]

Tal entendimento apenas não ocorre quando se trata de convênio firmado com a União ou os Estados, pois nessa situação haveria transferência voluntária de recurso público que não faz parte do orçamento do município.

---

48 TSE, Ac. nº 587/2002, rel. Min. Fernando Neves.

49 TSE, Ac. nº 19.986, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.

50 TSE, Ac. 18.772, rel. Min. Fernando Neves, j. 31.10.2000.

51 TSE, AgRg no RESP 32.958, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS 03.12.2008.

52 STF, RE nº 132.747-1/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 07.12.1995. .

Nessa situação, a atribuição para julgamento definitivo é do Tribunal de Contas respectivo [53].

O Tribunal Superior Eleitoral, em 2008, no julgamento do RESP 29.535, rel. Min. Marcelo Ribeiro, voltou a analisar a questão da competência para julgamento das contas do Prefeito ordenador de despesas. Conquanto o relator tenha mantido os precedentes da Corte, o Min. Carlos Ayres apresentou voto-vista diverso, fazendo a distinção entre “contas de governo” (referentes à execução do orçamento anual) e “contas de gestão” (realização do gasto público como ordenador de despesa específica).

Nas contas de governo, o julgamento permaneceria com a Casa Legislativa, mas, diversamente, nas “contas de gestão” o julgamento seria do Tribunal de Contas. Todavia, em decisão apertada (4X3), foi mantido o entendimento do relator.

3 – A ALTERAÇÃO ADVINDA COM A LEI DA FICHA LIMPA E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL INICIAL

Foi exatamente para corrigir essa interpretação do STF e do TSE acerca do órgão competente para julgar o Chefe do Executivo ordenador de despesas, acolhendo, por conseguinte, a tese vencida do Min. Carlos Ayres (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2011, p. 648 e LULA, 2012, p. 347), que a Lei da Ficha Limpa conferiu nova redação ao art. 1º, I, “g”, da LC 64/90, em especial a parte final, *verbis :*

> Art. 1º. São inelegíveis :
>
> I – para qualquer cargo
>
> (...)
>
> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, **aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores**

53 TSE, RESP 22.163-RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 08.09.2004.

> **<u>de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição</u>** (grifamos)

A esse respeito, Márlon Jacinto Reis, e Lucieni Pereira, coordenadores do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral responsável pelo projeto de Lei da Ficha Limpa,, explicam que

> a grande novidade introduzida pela nova alínea 'g' é o explícito reconhecimento de que, quando o agente político deixa de agir nessa qualidade para atuar como ordenador de despesas, perde com isso o direito de ver as suas contas julgadas pelo Parlamento desde uma perspectiva política, igualando-se a todos os que atuam diretamente com a movimentação de recursos monetários da Administração (CASTRO; OLIVEIRA; REIS (COORD.), 2010, p. 101)

Essa também é a interpretação de Castro (CASTRO; OLIVEIRA; REIS (Coord.), 2010, p. 135-136), para quem a nova redação do dispositivo pela Lei da Ficha Limpa deixou superada a discussão travada nos Tribunais Superiores sobre ser ou não o Tribunal de Contas o órgão julgador do agente político quando ordenando despesas, "exatamente porque agora a alínea 'g' faz expressa referência à atribuição do art. 71, II, da CF, como sendo a decisão irrecorrível causadora da inelegibilidade, inclusive quando mandatários que houverem agido na condição de ordenadores de despesa"

Insta não olvidar que essa alteração do art. 1º, I, "g", pela Lei da Ficha Limpa, não modificou – nem poderia sob pena de inconstitucionalidade – o julgamento do Chefe do Poder Executivo em relação às contas de gestão, quando age como gerenciador do orçamento e não ordenador de despesas, na respectiva Casa Legislativa (GUIMARÃES JÚNIOR; LEITE FILHO, 2010, p. 268)

Antes de prosseguir, cumpre primeiramente analisar os reflexos nessa discussão dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal que tiveram por objeto a análise da (in)constitucionalidade em controle abstrato da Lei da Ficha Limpa por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, proposta pelo Partido Popular

Socialista – PPS e da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Em decisão conjunta dessas ações de controle objetivo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconhecendo, portanto, a constitucionalidade dos dispositivos suscitados da Lei Complementar nº 135/2010, contra os votos do Ministro Relator Luiz Fux, que os julgava parcialmente inconstitucionais, e dos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso que entediam inconstitucionais os preceitos.

No que interessa na presente análise, o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente no aludido julgamento a constitucionalidade do art. 1º, I, “g”, da LC 64/90, com a redação da Lei da Ficha Limpa.

Daí questiona-se: com a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo pelo STF em controle abstrato, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 102, parágrafo 2º, da CF/88), não estariam todos os órgãos do Poder Judiciário vinculados à decisão e a aplicar o preceito legal e, assim, o órgão competente para julgar o Chefe do Poder Executivo seria o Tribunal de Contas?

Para responder essa pergunta, a teor do inciso II do art. 14 da Lei nº 9.868/99, é importante analisar o pedido formulado nas referidas ações declaratórias, pois é o pedido que delimita a extensão objetiva do efeito vinculante da decisão.

Neste particular, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30 tinham objeto similar, e, no que aqui é relevante, seu pedido foi declarar a constitucionalidade dos efeitos das inelegibilidades descritas nas alíneas “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, do inciso I do art. 1º da LC/64/90, com a redação conferida pela LC 135/2010, anteriormente a data de sua promulgação, devido a sua adequação ao princípio da irretroatividade das lei, estipulado no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Assim, ao julgar a constitucionalidade do art. 1º, I, “g”, da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010, o STF apenas declarou a compatibilidade do dispositivo com o art. 5º, XXXVI, da CF/88, vale dizer, admitiu a possibilidade de sua aplicação a fatos ocorridos antes da data da publicação da lei.

Cumpre ressaltar que o Ministro Dias Toffoli foi o único do STF ainda no julgamento de controle objetivo das ADCs nº 29 e 30 a afastar explicitamente a aplicabilidade da parte final do art. 1º, I, “g”, da LC 64/90, em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Deste modo, como reconheceu a Min. Rosa Weber, “a questão da competência para apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo não foram examinadas no julgamento da ADC”[54]. Portanto, com acerto, várias reclamações propostas perante o Supremo Tribunal Federal por afronta ao julgado das ADCs 29 e 30 referente ao art. 1º, I, “g”, da LC 64/90 não foram conhecidas[55]. Contudo, algumas incorretamente foram conhecidas e deferidas para negar vigência à parte final da nova redação do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90[56].

Exposta a análise da extensão do julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4.578 na presente discussão, resta então averiguar a interpretação inicial do STF e TSE acerca da alteração legislativa que conferiu ao Tribunal de Contas o julgamento definitivo das contas do Prefeito ordenador de despesas.

Nada obstante a modificação legislativa do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, pela LC nº 135/2010, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Eleitoral mantiveram seus entendimentos jurisprudenciais anteriores à Lei da Ficha Limpa no qual o Chefe do Poder Executivo quando ordenador de despesas deverá ter suas contas julgadas pelo Poder Legislativo e não pelo Tribunal de Contas.

O primeiro precedente foi do Supremo Tribunal Federal, na qual o Min. Celso de Melo afirmou que a

---

54 STF, Rcl 14.640/RJ, j. 03.10.2012.

55 STF, Rcl 14.666/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.10.2012; Rcl 14.532/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.10.2012; Rcl 15.747/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.05.2013

56 STF, Rcl 10499 MC/CE, rel. Min. Marco Aurélio, Dje – 170, 14.09.2010; Rcl 14395 MC/CE, rel. Min. Celso de Mello Dje – 173, 31.08.2012; Rcl 14.561 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje – 194, 02.10.2012 e Rcl 14728 MC/MG – rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.10.2012.

> atribuição exclusiva do Poder Legislativo local se estende tanto às contas anuais relativas ao exercício financeiro quanto às contas de gestão (ou referentes à função de ordenador de despesas) do chefe do Poder Executivo Municipal (...) supremacia hirárquico-normativa da regra constitucional que confere poder decisório, em sede de fiscalização externa, à instituição parlamentar, sobre as contas do Chefe do Executivo [57]

O segundo precedente, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, suspendeu decisão do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará que incluiu na lista entregue à Justiça Eleitoral o nome de Prefeito ordenador de despesas cujas contas foram rejeitadas. Na dicção do Min. Gilmar Mendes :

> A regra de competência inscrita no art. 71, inciso II, da carta Política – que submete ao julgamento desse importante órgão auxiliar do Poder Legislativo as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta – não legitima a atuação exclusiva do Tribunal de Contas, quando se trata de apreciação das Contas do Chefe do Executivo, pois, em tal hipótese, terá plena incidência a norma especial consubstanciada no inciso I desse mesmo preceito constitucional (...) Não se subsume, em consequencia, à noção constitucional de julgamento das contas públicas, o pronunciamento técnico-administrativo do TC, quanto a contratos e a outros atos de caráter negocial celebrados pelo Chefe do Poder Executivo. Esse procedimento do Tribunal de Contas, referente à análise individualizada de determinadas operações negociais efetuadas pelo Chefe do Poder Executivo, tem o claro sentido de instruir o exame oportuno, pelo próprio Poder Legislativo – e exclusivamente por este - , das contas anuais submetidas à sua exclusiva apreciação. [58]

Trilhando o mesmo caminho do STF, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que "a despeito da ressalva final constante na nova redação do art. 1º, I, g, da LC 64/90, a competência para o julgamento das contas do prefeito, sejam relativas ao exercício financeiro, à função de ordenador de despesas ou a de gestor, é da Câmara Municipal"[59], pois "nos termos do art. 31 da Constituição Federal, a competência para o julgamento das contas do prefeito é da Câmara

---

57 MC na Reclamação nº 10.445, j. 12.08.2010.

58 MC na Reclamação nº 10.456, j. 20.08.2010.

59 TSE, Ac. de 06.10.2010, AgR-RO nº 249184, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica, inclusive, a eventuais atos de ordenação de despesas"[60].

De igual modo, "a desaprovação das contas de prefeito pelo Tribunal de Contas não atrai a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inc. I, g, da LC 64/90, mesmo após a vigência da LC 135/2010"[61], pois, "as contas do Chefe do Poder Executivo Municipal, pouco importando se ligadas a balanço final do exercício ou a contratos, hão de ser apreciadas pela Câmara de Vereadores [62].

Depreende-se, portanto, que a despeito de ainda não haver uma decisão colegiada do STF e TSE, vai se formando inicialmente a partir das decisões monocráticas uma maioria que vai tornando "tábula rasa" a modificação advinda da Lei da Ficha Limpa acerca da disposição final do art. 1º, I, "g".

4 –A CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA ACERCA DO JULGAMENTO DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

O errôneo entendimento do STF e do TSE acerca da questão é de duas ordens, a saber : a) uma incorreta interpretação dos dispositivos constitucionais referentes à atribuição dos Tribunais de Contas (art. 71, I e II, da CF/88) ao ver na característica da pessoa que presta contas (Chefe do Poder Executivo) e não na especificidade dessa (de governo/de gestão) a atribuição da Casa Legislativa ou do Tribunal de Contas para o seu julgamento; b) a de desprestigiar a alteração legislativa advinda do exercício da democracia participativa, arvorando-se na qualidade de único intérprete do texto constitucional.

Nesse aspecto, há que se indagar, primeiramente, por qual razão, existindo um órgão estabelecido na Constituição Federal com a finalidade precípua de analisar as contas públicas (Tribunais de Contas), os Chefes do Poder Executivo prestam contas de sua gestão ao Poder Legislativo?

---

60 TSE, Ac. de 07.10.2010 no AgR-RESP nº 323286, Rel. Min. Arnaldo Versiani.
61 TSE, Ac de 03.02.2011 no AgR-RO nº 417602, rel. Min. Carmen Lúcia.
62 TSE Ac. de 13.04.2011 no AgR-RO nº 406178, rel. Min. Marco Aurélio.

Certamente, num regime republicano e com os olhos voltados ao princípio da igualdade, não é por causa da pessoa do Chefe do Poder Executivo, mas em razão da especificidade das contas prestadas que analisam o cumprimento dos objetivos traçados na lei orçamentária aprovada pela própria Casa Legislativa.

De maneira bem didática explica Castro : (2008, p. 176)

> Quando o Prefeito, ou Governador, ou Presidente da República distribuem as verbas orçamentárias entre os direitos órgãos da Administração, dotando os Ministérios ou Secretarias das verbas necessárias ao desenvolvimento das ações esboçadas no orçamento, ele está gerindo o orçamento, cumprindo a vontade manifestada pelo legislador na lei orçamentária, daí agindo tipicamente como agente político. Não está, pelo menos neste momento, realizando despesas públicas, ou seja, agindo como administrador, mas limitando-se a distribuir o dinheiro que cai no' caixa do governo' para que os órgãos da Administração Pública, estes sim, realizem as despesas no que pertine a essa atividade (gestão do orçamento), o Tribunal de Contas tem a competência para julgar o administrador, porque não se trata de gestão de contas/despesas, mas apenas de distribuição de orçamento. Por esse motivo, a Constituição Federal diz que o Tribunal de Contas apenas emite um parecer prévio a ser submetido à apreciação do Congresso.

Por outro lado, quando o Chefe do Poder Executivo, para além de gestor do orçamento, atua também como ordenador de despesas, concretizando o gasto público, passa, por for força da Lei nº 4.320/64, a ser responsável diretamente pela sua regularidade, sendo a atribuição dessa análise do Tribunal de Contas, órgão técnico-administrativo apto a realizar essa atividade.

Também explica minunciosamente Castro (2008, p. 177)

> Quando o Administrador Público contrata a construção de uma ponte, liquida a folha de pagamento de pessoal, etc., está ordenando despesas. Essa atividade é da alçada daquele a quem a lei chama de gestor do dinheiro público, que é o servidor público que vai efetivamente assinar a nota de empenho e o cheque de sua liquidação e possibilitar materialmente a realização do gasto. Não é atribuição do Presidente da República, por exemplo, e, na maioria das vezes de Governador de Estado. Os prefeitos concentram inexplicavelmente nas suas mãos a quase totalidade das hipóteses de ordenação de despesa, embora possam delegar legalmente essa atividade aos seus secretários (...) O certo é que o Tribunal de Contas examinará a

> execução da despesa pública e julgará o gestor, aprovando ou rejeitando suas contas. O Tribunal de Contas não vai, neste particular, emitir parecer prévio para apreciação da Casa Legislativa. (pg. 177)

Quando o Chefe do Poder Executivo atua como ordenador de despesas,

> não se cuida de responsabilidade política pela execução orçamentária em seu conjunto, mas, sim, da responsabilidade técnica pela ordenação específica de despesas, pela gestão de recursos públicos. Neste caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal, sendo sua, igualmente, a competência para julgá-las.(GOMES, op. cit. p. 171)

Numa perspectiva sistemática, bem adverte Furtado (2009, p.389), caso o julgamento do Prefeito ordenador de despesas seja atribuição da Câmara de Vereadores, estaria prejudicada uma das mais importantes competências institucionais do Tribunal de Contas, que é julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos. Também estaria inviabilizada a possibilidade do controle externo promover a reparação do dano patrimonial, mediante imputação de débito prevista no art. 71, §3º, da CF/88. Por fim, também ofenderia o princípio da igualdade, ao produzir privilégio discriminatório ao Prefeito em relação aos demais administradores públicos.

A incorreção dessa interpretação de que a Câmara de Vereadores é a competente para julgar o Prefeito ordenador de despesas é mais evidente comparada com o entendimento jurisprudencial de que a competência definitiva é do Tribunal de Contas quando os recursos ordenados pelo Prefeito advenham de convênio com a União ou com os Estados.

De fato, consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que se manteve com a edição da Lei da Ficha Limpa, sustenta que quando ocorre transferência voluntária de recursos aos municípios, cuja responsabilidade direta de execução é do Prefeito

Municipal, a competência de julgamento definitiva é do Tribunal de Contas da União ou do Tribunal de Contas do Estado e não da Câmara de Vereadores[63].

Curiosamente, como se observa dos julgados, "a competência das Cortes de Conta na apreciação das contas de convênio é de julgamento, e não opinativa, o que significa dizer que o agente público não é julgado pelo Tribunal de Contas na qualidade de Chefe do Poder Executivo, mas tão somente na qualidade de gestor público"[64], pois "a execução de convênios é atividade de realização de despesas, daí que o tribunal julga o ordenador, e essa decisão não se submete ao Congresso Nacional, ou à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal"[65].

Ora, a hipótese de transferência voluntária de recursos públicos de outra esfera de governo na qual os tribunais superiores bem observam que o Chefe do Poder Executivo age como realizador de despesa a ser julgado perante o Tribunal de Contas não difere absolutamente em nada quando ele atua como ordenador de despesas de recursos públicos da sua própria gestão.

Assim, tal qual na transferência voluntária de recursos públicos, nos recursos públicos do próprio ente federativo quando atua como ordenador de despesas, o Chefe do Poder Executivo deve ter suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas.

Sob outro aspecto, ainda que fosse possível a leitura do dispositivo constitucional a justificar o julgamento do Chefe do Poder Executivo ordenador de despesas pelo Poder Legislativo, conforme se consolidou a jurisprudência, essa interpretação do texto constitucional foi alterada com o advento da Lei da Ficha Limpa, que expressamente determina o julgamento pelo Tribunal de Contas.

A esse respeito, é importante lembrar que num Estado Democrático de Direito a opção interpretativa do texto constitucional pelo legislador deverá, em regra, ser acatada pelo Poder Judiciário, que apenas poderá afastá-la se afrontar

---

63 TSE, RESP 13.299/ES, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 21.11.1996; Ac. de 03.02.2011 no AgR-RO nº 417602, rel. Min. Carmen Lúcia.

64 TSE, Ac. de 07.12.2004 nos Edcl AgRgRESP nº 24.848, rel. Min. Caputo Bastos.

65 TSE, RESP 12.976/SE, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 12.11.1996.

preceito fundamental constitucional ou for desarrazoada. É o que os norte-americanos denominam de *judicial self-restraint* (autolimitação judicial).

Sob esse aspecto, discorre Sarmento : (2002, p. 114)

> Em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.

E acrescenta, ao citar trecho do voto do Juiz da Suprema Corte norte-americana Felix Frankfurter, no caso Dennis v. United States : (SARMENTO, 2001, p. 115)

> Quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse e em que circunstâncias deve prevalecer? A responsabilidade plena por esta escolha não pode ser transferida aos Tribunais. Tribunais não são corpos representativos. Eles não se destinam a ser um bom reflexo da sociedade democrática (...) A responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Poder Legislativo (...) Nós devemos afastar o julgamento daqueles que têm o dever de legislar apenas se a sua obra não possui nenhuma base de razoabilidade. (341 U.S. 494, 71 (1951).

Há que se ter aqui também presente a conhecida tese de Häberle (1997, p. 13) da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, segundo a qual, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco ou fixado com *numerus clausus* o intérpretes da Constituição”.

Também Luís Roberto Barroso (2003, p. 195) :

> Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização de seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição. Simétrica à interpretação conforme a Constituição situa-se a interpretação da Constituição conforme a lei. Quando o Judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora

> escolhida pelo legislador, está, em verdade, endossando a interpretação da Constituição conforme a lei

No caso em análise, essa questão se potencializa pois a Lei da Ficha Limpa é fruto da democracia participativa brasileira viabilizada por meio de iniciativa popular que teve a adesão de mais de um milhão e trezentas mil cidadãos e, no Congresso Nacional, obteve expressiva votação dos parlamentares com apenas um voto em contrário tão-somente no que se refere ao tempo verbal utilizado.

É certo que a quantidade de assinaturas apostas no projeto de lei e de votos obtidos no parlamento não é bastante, por si só, para determinar a interpretação de dispositivo constitucional, mas é suficientemente importante para influenciar a tomada de decisão da Corte Constitucional quando a solução não se mostra desarrazoada e afrontadora de direito fundamental.

Assim, há que se reconhecer a constitucionalidade da alteração legislativa advinda da Lei da Ficha Limpa ao determinar o julgamento do Chefe do Poder Executivo ordenador de despesas pelo Tribunal de Contas, prestigiando a vontade da sociedade e a decisão política do parlamento brasileiro que não afronta direito fundamental e prestigia a defesa da moralidade e probidade administrativa, conforme determina o parágrafo 9º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Como bem ressaltou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, ao longo de mais de vinte anos de vigência da Lei Complementar nº 64/90, as inelegibilidades demonstraram-se inaptas à proteção dos mais elevados valores da Constituição Federal de 1988[66].

Assim, a Lei da Ficha Limpa, resultante do exercício da democracia direta pelo cidadão brasileiro, ao impor regras mais rígidas aos candidatos para prestigiar a moralidade administrativa e a probidade nas eleições, modificou

66 Voto proferido em 16.02.2012 quando do julgamento no STF das ADCs 29 e 30.

drasticamente a matéria da inelegibilidade no direito brasileiro, necessitando, por conseguinte, de uma adaptação do Poder Judiciário a esses novos valores.

A interpretação jurisprudencial consolidada de que seria da Câmara de Vereadores a atribuição para julgar o Prefeito ordenador de despesas não pode ser atualmente reproduzida quase que mecanicamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, pois deve analisar de maneira profunda e correta a alteração que decorreu da Lei da Ficha Limpa.

Por outro lado, essa modificação legal deve ser ratificada pois em consonância com o texto constitucional, na liberdade de conformação do legislador ordinário e com substrato da democracia participativa brasileira.

Assim, o julgamento dos Prefeitos ordenadores de despesas pelo Tribunal de Contas, órgão técnico-administrativo constitucionalmente estabelecido para tal atividade, e não pela Câmara de Vereadores, que na realidade política brasileira se encontra submissa no mais das vezes ao Chefe do Executivo, é medida que se impõe em face desses novos valores almejados pela sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do Direito Eleitoral. 5ª** ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2010.

______________; OLIVEIRA, Marcelo Roseno; REIS, Márlon Jacinto. **Ficha Limpa : Interpretada por Juristas e Responsáveis pela Iniciativa Popular.** Bauru, SP: Edipro, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Esquematizado.** São Paulo : Saraiva, 2011.

FURTADO, J. R. CALDAS. **Elementos de Direito Financeiro.** Belo Horizonte : Forum, 2009.

FERRAZ, Luciano de Araujo. **Controle da Administração Pública : Elementos para a Compreensão dos Tribunais de Conta.** Belo Horizonte : Mandamentos, 1999.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional : A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.** Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre : Sergio A. Fabris Editor, 1997.

GUIMARÃES JÚNIOR, Juraci; LEITE FILHO, José. **Reforma Eleitoral.** Leme, SP : Imperium, 2010.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral.** 3ª ed. Leme : Imperium, 2012.

REIS, Márlon Jacinto. O Princípio Constitucional da Proteção e a Definição Legal das Inelegibilidades. Em REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson Resende de e OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (orgs). **Ficha Limpa Interpretada por Juristas e Responsáveis pela Iniciativa Popular.** Bauru, SP : Edipro, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (A LIBERDADE RELIGIOSA) E A AYAHUASCA: UMA ABORDAGEM TEÓRICA

Ney De Barros Bello Filho

Jair Araújo Facundes

Introdução

Por que, diante de textos constitucionais e declarações internacionais de direitos que asseguram explicitamente direitos e liberdades fundamentais, as pessoas divergem profundamente sobre a existência daqueles direitos e liberdades em casos concretos? Se pessoas e governos concordam acerca do direito à igualdade, por que dissentem se esta igualdade é realizada ou negada com o sistema de cotas raciais para ingresso em universidades públicas? Qual a razão para que juízes de todas as instâncias, órgãos públicos e cidadãos diante de um mesmo texto normativo tenham opiniões diferentes sobre seu alcance e sentido? Que papel deve desempenhar os direitos e liberdades fundamentais quando se delibera sobre esses direitos? Que força tem essas liberdades frente a leis ou atos normativos que a restringem, direta ou indiretamente? O significado de direitos e liberdades fundamentais é encontrado na própria norma que os anunciam? Se não são autoexplicativos, de onde provém seu sentido, peso e valor?

Este breve ensaio se destina a *i)* identificar as razões do dissenso através de uma pesquisa acerca de uma particular liberdade, a religiosa, assegurada em todas as cartas internacionais de direito e em todas as constituições democráticas, e *ii)* sumariar algumas possibilidades teóricas que tentam explicar o fenômeno e apontar uma, dentre várias propostas interpretativas, capaz de se mostrar atraente para resolver os conflitos existentes nas sociedades

contemporâneas, caracterizadas pelo pluralismo religioso, social, filosófico, científico, cultural e econômico.

Para tanto analisaremos como esse conceito foi e é utilizado num caso considerado difícil (*hard case*), no qual houve e há enorme polêmica no tempo e em lugares com sistemas jurídicos diferentes (*common law* e *civil law*) por envolver temas sensíveis junto à opinião pública (drogas, autonomia individual, saúde, criança e adolescente etc.) e se mostra um desafio aos limites da liberdade de credo, revelando como tais temas são enfrentados e superados (ou não). Será examinado neste ensaio o uso religioso da bebida psicoativa conhecida, entre outros nomes, por *Yagé, Caapi, Ayahuasca, Mariri, Huni,Nixi-pae, Nátema, Mihi, Hoasca, Vegetal, Daime, Santo-Daime*[67] etc., que contém na sua composição o alcaloide Dimetiltriptamina (DMT), listado como substância alucinógena proibida no Anexo I da Convenção de Viena de 1971, tratado internacional firmado para reprimir o uso e tráfico de substâncias psicotrópicas ali enumeradas[68]. Esse alcaloide produz visões, alucinações, podendo induzir a surtos psicóticos, entre outros efeitos. A bebida é utilizada desde tempos imemoriais por indígenas na Amazônia, e no início do séc. XX passou a ser utilizada em rituais por não-índios na forma de uma religião institucionalizada e aberta (no sentido de que qualquer pessoa pode dela participar) em algumas cidades da Amazônia ocidental brasileira, expandindo-se por todos os estados brasileiros e alguns países, como EUA, Canadá, Japão, Holanda, França, Espanha etc.

---

[67] A bebida surgiu entre os indígenas na Amazônia, em período incerto. Cada grupo atribuiu um nome à sua tradição e cultura, implicando um modo e um ritual próprio: RÄTSCH, 2005, p. 86 enumera mais de 30 denominações; METZNER, 2002, p. 1. Em LABATE, 2009, (org.) há vários estudos sobre práticas específicas. A Resolução do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD, ao regulamentar o uso religioso através da Resolução n. 1/2010, mencionou exemplificativamente os termos *Hoasca, Vegetal e Santo Daime* (BRASIL, 2010, item 5), referindo-se às denominações mais comuns e urbanas, adotando genericamente o termo *ayahuasca* para se referir às diferentes denominações. Adotaremos neste ensaio preferencialmente as expressões utilizadas na Resolução.

[68] No Brasil o DMT consta da lista F2 – Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1988 e atualizações posteriores, que enumera as substâncias de uso proscrito no Brasil para fins de repressão criminal (art. 1º, parágrafo único c/c 66, lei 11.343/06). Esta Portaria está disponível em: http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/controlados/rdc40_atualizacao30.pdf?id=34859&word

Ayahuasca desafia pesquisas em vários ramos do saber: há enorme polêmica acerca da sua ilicitude em razão de alguns aspectos farmacológicos (por exemplo: a substância que constitui seu princípio ativo, o DMT, se encontra abaixo da quantidade *isoladamente* necessária para sua ativação pela via oral); sociológicos, psicológicos, médicos, antropológicos e jurídicos[69]. Este ensaio tem uma finalidade mais específica, qual seja, jurídico-normativa: examinar como o intérprete aborda uma liberdade fundamental e se essa abordagem se mostra justificada[70] perante um ordenamento que garante dita liberdade *e* perante os princípios estruturantes da sociedade que adota sobredito ordenamento. Com a finalidade de implementar direitos fundamentais previstos em Constituições e Tratados Internacionais, importa saber porque agentes públicos que concordam quanto à existência e legitimidade de tais direitos *divergem* profundamente acerca do que exige tais direitos e liberdades em casos difíceis submetidos a deliberação. Saber onde reside a controvérsia e como elucida-la é importante para a efetivação dos direitos fundamentais, pois todo o esforço da comunidade internacional e de cada sociedade em particular para assegurar direitos se esvaece diante da dificuldade de reconhece-los e aplica-los concretamente.

No campo jurídico, ayahuasca tem sido discutida em matéria tributária (na remessa de ayahuasca de um estado para outro incide o imposto sobre circulação de mercadorias?), direito de família (o fato de um dos pais fazer uso de ayahuasca o descredencia para a guarda de filhos menores ou autoriza o divórcio?), civil e médica (a mulher grávida pode tomar ayahuasca? Pessoas que tomam ayahuasca podem doar sangue em hemocentros públicos?); administrativo (o Governo Federal, Estadual ou Municipal, por qualquer de seus órgãos, pode editar e distribuir nas escolas cartilha com o fim de prevenir, entre outras substâncias, a ayahuasca, ou isto constitui discriminação contra uma minoria?). Optamos por quatro decisões que mostram como intérpretes, em

---

[69] LABATE, 2008 traz um levantamento da pesquisa bibliográfica até então produzida.

[70] O que devemos entender por decisão "justificada"? Para os limites desta pesquisa, compreenderemos por justificada a decisão não só que expõe as razões pelas quais escolhe uma entre outras respostas possíveis (BARCELLOS, 2005, p. 45) e que as deduz logicamente das assertivas expostas (ALEXY, 2005, p. 24; ATIENZA, 2000, p. 51), mas, principalmente, a que se mostra em conformidade com princípios passíveis de aceitação por todos os integrantes de uma comunidade política que ostentem a condição de cidadãos razoáveis e racionais (RAWLS, 2011, p. 255/256).

locais, tempos e sistemas jurídicos diversos, empregam a liberdade religiosa ao deliberar casos concretos. Esses casos mostram que o *modo* como o tema é equacionado, em suas categorias centrais, não muda ao longo do tempo e no espaço, embora mude o papel e a relevância atribuída àquela liberdade e, em decorrência, o veredito.

Os casos

Leôncio: Tratou-se da primeira deliberação estatal acerca do uso religioso da ayahuasca. Em 1974, no Estado do Acre, a Polícia Federal emitiu ordem escrita para que as igrejas que faziam uso de ayahuasca suspendessem a distribuição daquela bebida psicoativa nos seus rituais. Seu dirigente, Leôncio Gomes, buscou proteção através da ação de *habeas corpus*, junto à Justiça Federal[71], pedindo que fosse garantida sua liberdade de culto. O Juiz Federal despachou para que a Polícia Federal explicasse porque proibia o uso daquela bebida, base daquela prática religiosa. A Polícia Federal justificou sua ordem afirmando a "nocividade e periculosidade da beberagem" e juntou três laudos como prova, elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística, os quais eram absolutamente divergentes entre si. O juiz federal reconheceu que os laudos eram imprestáveis para comprovar tanto a composição química e o princípio ativo da bebida quanto sua nocividade ou periculosidade. Todavia, manteve a proibição do uso da ayahuasca, afirmando que a circunstância de inexistir prova da periculosidade não é suficiente para concluir pela "licitude de seu preparo e uso", atribuindo o ônus de provar a ilicitude aos praticantes da religião, e não ao Governo.

CONFEN 1987 - Em 1984 o órgão responsável pela Vigilância Sanitária do Governo Federal – DIMED (Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos), incluiu o cipó *Banisteriopsis caapi*, utilizado na elaboração da ayahuasca, na lista I (sujeitas a maior controle e sanção) de substâncias psicoativas ilícitas, ao fundamento de que continha o alcaloide Dimetiltriptamina (DMT)[72], previsto

[71] *Habeas Corpus* n. 1.110/74, Arquivo da Seção Judiciária do Estado do Acre.
[72] Houve equívoco por parte da DIMED: ayahuasca é elaborada pelo cozimento de uma folha e um cipó. O DMT está efetivamente presente na folha, e não no cipó. É fato, porém, que a

na Convenção de Viena de 1971, da qual o Brasil é signatário, como substância proscrita. Uma Igreja sediada geral em Brasília e com núcleos em todos os estados brasileiros, União do Vegetal (UDV), pediu ao órgão de cúpula do sistema antidrogas, o Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN, que reconsiderasse aquela decisão, invocando vício procedimental na inclusão daquela substância e, substancialmente, que aquela prática estava amparada pela liberdade religiosa garantida pela Constituição Brasileira.

O CONFEN, após estudos realizados por um grupo de trabalho formado por vários especialistas das áreas de farmacologia, psiquiatria, sociologia, direito e psicologia, reconheceu, por primeiro, o vício de forma praticado pela DIMED quando da inclusão daquela espécie vegetal, bem como comprovou a presença do DMT na ayahuasca e o potencial efeito daquele alcaloide para induzir alucinações, surtos psicóticos, entre outros, mas deliberou em definitivo em 1987, por unanimidade, a partir das pesquisas nos locais de culto em várias partes do Brasil e do aporte técnico-científico fornecido pelos diversos profissionais, que o uso religioso devia ser aprovado.

CONFEN 1997 - Em 1997, no Estado de Roraima, um membro da UDV, requereu que o Juiz da Infância e Juventude autorize seu filho, menor de idade, a participar do ritual da igreja a que pertence, com ingestão de ayahuasca. Não havia qualquer previsão legal para que um pai pedisse autorização à Justiça para que um filho menor tomasse ayahuasca, e outras crianças participavam sem autorização governamental, segundo a compreensão das leis de regência da época. Todavia, o Juiz da Infância e Juventude solicitou informações ao CONFEN, que em decisão elaborada por um único membro, recomendou que ayahuasca fosse proibida para menores de idade sob a consideração abstrata de que cuidava-se de substância psicoativa e, portanto, tinha potencial para interferir na sã formação da criança ou adolescente. Não citou pesquisa nem caso concreto para embasar sua decisão[73].

ayahuasca contém DMT, conquanto em quantidade, *isoladamente considerado nas porções habitualmente ingeridas*, abaixo do mínimo necessário para ser ativado oralmente (MCKENNA, 2004, p. 114 e 115. LABATE, 2005, p. 405, também aborda o tema. Para uma revisão bibliográfica: SANTOS, 2007.

[73] BRASIL, 1997. A decisão foi publicada no D.O.U de 8.7.1997. Disponível: http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=7&data=08/07/1997.

HOASCA USA [*Gonzalez* v. *O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal* 546 US 418 (2006)][74] - A Polícia alfandegária dos Estados Unidos apreendeu, em 1999, nos Estados Unidos, certa quantidade de ayahuasca destinada ao uso religioso por integrantes da UDV, ameaçando os adeptos que seriam presos caso insistissem no uso daquela bebida. A UDV propôs uma ação na Justiça Federal americana, sustentando o direito ao uso religioso com amparo na liberdade de religião prevista na Primeira Emenda e obteve cautelarmente medida de amparo para sua prática. A decisão judicial de primeira instância foi mantida pela Corte de Apelações, e dessa decisão recorreu o Governo dos Estados Unidos para a Suprema Corte, alegando, em suma, que uma lei que estabelece uma proibição para todas as pessoas indistintamente não pode ser inobservada sob o pálio da liberdade religiosa, mormente quando a proibição é estabelecida em prol da saúde coletiva; referiu o precedente *Employment Div.* v. *Smith*, 494 U. S. 872 (1990), no qual a Corte decidiu que a liberdade de religião não protegia o uso religioso de cacto peiote (que contém mescalina, cujo uso, tal como o DMT, é vedado pela Convenção de Viena) se o uso de tal substância era proibida por lei de aplicação geral e irrestrita, tal como se dava em relação à ayahuasca. A Suprema Corte, por unanimidade, afastou *Smith* e decidiu garantindo a liberdade de culto, proclamando, em síntese, que ainda que uma lei seja aprovada sem intento de discriminar, ela deve se harmonizar com o direito ao livre exercício religioso.

As normas

Os casos descritos de modo sucinto demonstram que intérpretes diversos, em lugares e sistemas jurídicos diversos (*civil law* e *common law*) os equacionaram em face das mesmas categorias jurídicas: a liberdade de religião contraposta ao uso de substância psicoativa tida como ilícita, envolvendo, por conseguinte, o valor saúde pública. Em todos os casos havia o consenso de que a liberdade de religião é protegida constitucionalmente.

---

[74] A referência a jurisprudência americana indicam, respectivamente, as partes, o volume onde a decisão se encontra (546), a fonte ou repositório (U.S. United States Supreme Courts Reports), a página (418) onde inicia a decisão e, entre parênteses, o ano da decisão (2006). As decisões referidas neste ensaio podem ser acessadas no sítio http://laws.findlaw.com/us/000/04-1084.html

A leitura dos casos conduz à conclusão de que mesmo quando os intérpretes não têm dúvida quanto ao conteúdo de uma norma (há liberdade religiosa, garante-se a liberdade religiosa etc), pode existir fundada dúvida entre profissionais competentes quanto ao alcance dessa norma, e, até mesmo, qual o papel que essa liberdade deve assumir num discurso jurídico. Uma primeira ideia seria então que talvez os textos constitucionais dos países envolvidos não fornecessem orientação suficiente quanto ao que se deve entender por liberdade e se, e quando, pode ser restringida.

A Primeira Emenda à Constituição Americana proclama que o Congresso não pode fazer leis que proíbam o exercício de uma religião[75], não prevendo, assim, qualquer limitação. A Constituição Brasileira de 1967, com a redação dada pela EC/1969, dispunha que "era plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes" (art. 153, §5º). Nessa hipótese a liberdade de religião poderia ser restringida em resguardo da ordem pública e dos bons costumes, remetendo ao intérprete a densificação do que seja "ordem pública e bons costumes".

A Constituição Brasileira de 1988, por seu lado, dispôs, no art. 5º: "VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias", isto é, não impôs restrição à liberdade, haja vista que a lei, referida no dispositivo, visa a *proteção aos locais de culto e suas liturgias*[76].

Apesar das inevitáveis diferenças de redação e estilo, essencialmente as normas constitucionais vigentes ao tempo das respectivas decisões asseguravam

---

[75] Essa disposição se dirigia ao Congresso Americano; posteriormente, a Décima Quarta Emenda a estendeu aos Estados.

[76] Com esse preceito a Constituição fez mais do que garantir um direito *negativo* de primeira geração (não intervir e não permitir que outros intervenham), mas estabeleceu um direito *positivo*, ao determinar medidas legislativas para proteger o culto, criminalizando a conduta de quem impedir ou perturbar cerimônia religiosa ou vilipendiar ato ou objeto de culto (Código Penal, art. 208 e art. 140, §3º, lei 7.716/89).

à liberdade religiosa[77]. A objeção de que tais normas não estipularam com clareza as hipóteses de restrição a tais direitos não constitui um defeito nem uma falha técnica, porque não é possível maior clareza do que a afirmação de que "a liberdade de consciência é garantida", ou "assegurada", ou "que o Estado não poderá intervir" ou qualquer outra expressão assemelhada. O cotejo com as declarações internacionais de direitos comprova que efetivamente o problema não atina com a redação nem com as hipóteses de limitações eventualmente previstas.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), no art. 9º, enuncia:

> 2. A liberdade de manifestar sua religião ou crença estará sujeita somente a limitações tais que estejam previstas em lei e sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança pública, para a proteção da ordem pública, saúde ou moralidade, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no art. 18, após enunciar a liberdade religiosa, estabelece uma cláusula de limitação:

> 2. A liberdade de manifestar sua religião ou crença estará sujeita somente a limitações tais que estejam **previstas em lei** e sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da **segurança pública, para a proteção da ordem pública, saúde ou moralidade**, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem". (grifei).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José, prevê abstratamente a hipótese de limitação da liberdade religiosa (art. 12):

> 2. Ninguém estará sujeito a restrições que possam prejudicar sua liberdade de manter ou de mudar sua religião ou crenças.
>
> 3. A liberdade de manifestar sua religião e suas crenças pode estar sujeita tão e somente a **restrições previstas em lei** e que são necessárias à proteção da **segurança pública, da ordem, da saúde, da moral ou dos direitos e liberdades de outrem**.(grifei).

---

[77] Há diferença entre *texto da norma* (sinal linguístico) e *norma* (o que se revela, a ordem, comando, permissão etc.) [CANOTILHO, 1998, p. 1091; MÜLLER, 2010, p. 54]. Essa distinção nos permite referir aos diferentes textos como veiculadores de uma mesma norma.

A formulação ampla e ilimitada, como no caso das constituições brasileira de 1988 e americana[78], confere maior liberdade, possibilitando que o intérprete, a cada caso, concretize a liberdade abstrata e amplamente prevista, ajustando-a às novas situações e práticas religiosas. Todavia, esse dispositivo de textura aberta[79] exige do intérprete a atualização do conteúdo abstrato da norma, ajustando-o e sopesando-o frente a outros interesses tutelados pela Constituição. Saber que a Constituição garante a liberdade de religião de modo irrestrito pouco ou nada contribui para saber se *i)* a família, por razões religiosas, pode descumprir a lei que obriga os menores a freqüentar escola pública[80], ou *ii)* se os judeus, que preservam o sábado (*shabat*) enquanto dia sagrado no qual não trabalham, poderiam, em compensação, desobedecer à lei que obriga o fechamento do comércio aos domingos[81].

O estabelecimento das restrições possíveis no mesmo texto que garante a liberdade de religião, por um lado, limita o legislador ordinário ao diminuir-lhe a discricionariedade e submetê-lo à lei e à deliberação pública que o processo legislativo pressupõe; por outro, ante seu enunciado vago e abstrato, acaba por manter a necessidade de interpretação e oportunizar a regulamentação discriminatória. Dizer que somente a lei pode restringir a liberdade de pouco adianta quando se pensa que francas maiorias podem, com facilidade, aprovar leis em detrimento de minorias (como o nazismo, frente aos judeus; os comunistas ante os cristãos na antiga União Soviética; os cristãos frente aos cultos afros durante o Estado-novo brasileiro, entre tantos outros exemplos). Estatuir, como as declarações internacionais o fizeram (acima transcritas), que *a ordem pública* ou a *saúde pública* podem limitar aquela liberdade não esclarece nem ajuda a decidir se a autoflagelação (em algumas ordens católicas, como a *opus Dei*[82]*;* em algumas variantes muçulmanas e outras) deve ser proibida ou aceita se livre e não induzida. Todos esses casos revelam a

---

[78] Primeira Emenda à Constituição americana: "O Congresso Americano não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; [...]".
[79] Conforme HART, 2007, p. 137.
[80] *Wisconsin* vs. *Yoder* 406 U.S 205 (1972).
[81] ***Braunfeld* vs. *Brown*, 366, U.S 599** (1961)
[82] ALLEN JR. 2006, p. 169 e ss. Recentemente essa organização religiosa foi objeto de enorme controvérsia em razão de livro e filme de grande apelo popular: *O código da Vinci*, de Dan Brown.

necessidade de *sopesamento* da liberdade religiosa frente a outros interesses constitucionalmente tutelados.

A técnica de indicar a própria Constituição ou Carta de Direitos as causas restritivas de uma liberdade tem um efeito extremamente negativo, como bem acentua Kelsen, pois na prática implica *desconstitucionalizar* (e enfraquecer) a liberdade ao permitir que o legislador a restrinja, dado que uma liberdade é reconhecida pela Constituição mas negada por lei. Assim ocorre porque a Constituição se distingue da lei ordinária (forma legal) em razão da exigência de procedimento mais complexo e especial para sua reforma (forma constitucional), e "se o direito positivo não diferencia essas duas formas [legal e constitucional], o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso frequente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las"[83].

A advertência é pertinente. Note-se que a ordem pública e a moral foi utilizada para proibir os cultos afros, durante o governo de Getúlio Vargas[84]; a moral, admitida como hipótese de restrição pelo Pacto de São José, é conceito fluido, e pode servir como pretexto para perseguição: não usar a burca, por exemplo, é atentado à moral nos países de tradição muçulmana, mas não no ocidente[85]. A percepção histórica do uso de tais expressões levou José Afonso da Silva a anotar que "tais conceitos são vagos, indefinidos, e mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais"[86].

---

[83] KELSEN (2007, p. 131 e 132). Sem colchetes e sem destaque no original.

[84] Para mais informações sobre a repressão aos ritos afros durante o governo Vargas: BRAGA, Júlio Santana. **Na gamela do feitiço: repressão e resistências nos candomblés da Bahia**. Salvador: EDUFBA, 1995; LUHNING, Ângela. **Acabe com este Santo, Pedrito vem aí: mito e realidade da perseguição ao candomblé baiano entre 1920 e 1942**. Revistausp, São Paulo, n.º 28, p. 195-220, dez./jan./fev., 1995/1996. Trimestral. Dossiê povo negro: 300 anos. MAGGIE, Yvonne. **Medo de feitiço: relações entre magia e poder no Brasil**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

[85] O jornal *Folha de São Paulo,* de 25.07.2010, caderno *mundo,* testifica a controvérsia ao noticiar que a França proibiu a *burca,* enquanto a Inglaterra a permite, sujeitando-a à livre escolha da mulher.

[86] SILVA, 1994, p. 226.

As advertências de Kelsen e José Afonso se tornam mais palpáveis na obra do festejado constitucionalista Paulino Jacques, no seu *A Constituição Explicada,* ao discorrer sobre o sentido da liberdade de religião prevista na Constituição de 1969, afirmou que tal direito

> garante aos crentes o 'exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes', o que vale dizer, **veda o** 'baixo **espiritismo', a 'macumba', o 'candomblé' e outras práticas perturbadoras ou imorais**[87].

Esse comentário, a despeito do equívoco que expressa (ou justamente por isso) é ilustrativo de dois aspectos cruciais para compreensão do tema. Por primeiro, a ideia de liberdade que se extrai desse autor apenas protege as religiões tradicionais da época, especialmente as cristãs, e notadamente, a católica. Ocorre que tais religiões, por serem tradicionais, predominantes e até influentes na ordem política e social brasileira, não necessitam invocar a proteção constitucional: são parte da paisagem moral, histórica, cultural e social, são familiares e não são objeto de perseguição ou questionamento. Seria algo tão truístico como uma norma - editada no Brasil ou Portugal - que assegurasse o livre uso de idiomas fosse interpretada de modo a garantir apenas a língua portuguesa, e não outros idiomas, por perturbadores da moral e paz públicas. Por segundo, e mais importante, revela que a ideia de liberdade de religião é associada ao contexto social e histórico do intérprete. No ocidente a ideia de liberdade religiosa[88] remete às terríveis e sangrentas guerras religiosas entre católicos e protestantes, de que é emblemática a *O massacre da Noite de São Bartolomeu*, nos dias 23 e 24 de agosto de 1572, evento no qual foram mortos aproximadamente cem mil protestantes (huguenotes) em ação orquestrada pelos reis católicos. A noção de liberdade que surgiu ao final dos embates dizia respeito à tolerância mútua entre católicos e protestantes. Se vincularmos a noção de liberdade apenas ao contexto histórico de sua origem essa importante liberdade seria eternamente restrita a católicos e protestantes. Essa noção restrita e historicamente localizada *ainda* é importante hoje, por exemplo, em países como a Irlanda e seus conflitos religiosos justamente entre

---

[87] JACQUES, 1970, p. 152/3.
[88] MATTEUCCI, 1998, p. 43 e 260.

católicos e protestantes, mas não possui utilidade em regiões da China onde muçulmanos e hindus se digladiam, ou em lugares do oriente onde grupos muçulmanos se combatem por motivos religiosos.

Até agora buscamos demonstrar que a liberdade de religião previstas em constituições, declarações e tratados internacionais, de per si, não contém elementos que permitam sua interpretação e aplicação a casos concretos, e que as tentativas de estabelecer no próprio documento as hipóteses de restrições a essa liberdade fundamental (ordem pública, saúde etc.) não se mostram suficientes e, eventualmente, dão azo a interpretações contrárias à liberdade que visam permitir. Reconhecer essas conclusões, a partir dos exemplos, não implica dizer que tais declarações ou disposições são obsoletas. Muito ao contrário. A finalidade deste ensaio é justamente compreender o que ocorre quando pessoas e grupos discutem se dada liberdade protege um comportamento, e tentar identificar porque, a despeito de todos concordarem sobre a existência da liberdade, chegam a conclusões diversas.

Aprendendo com a divergência

A doutrina é a parte geral da jurisdição, o
prólogo silencioso de qualquer veredito[89].

Os casos descritos neste ensaio foram decididos no âmbito administrativo e judicial, e assumiram a forma de um discurso jurídico no qual a liberdade de religião figurou como elemento essencial. Porém, embora presente em todas as decisões, a liberdade de religião assumiu forma e dimensão diferentes. Em *Leôncio* o juiz considerou liberdade como uma categoria jurídica de reduzidíssimo valor ou peso, a ponto de negá-la mesmo diante da ausência de prova da periculosidade *ou* da composição química da ayahuasca. Em *CONFEN 1987* o intérprete confere grande robustez à liberdade, e raciocina estabelecendo-a como premissa importante, contrapondo essa liberdade à circunstância de que ayahuasca é bebida psicoativa contendo substância proscrita. *CONFEN 1997* sequer refere liberdade, quer de religião, quer dos pais

---

[89] DWORKIN, 1999, p. 113.

para decidir com autonomia sobre o que é certo e bom para seus próprios filhos: parte da premissa de que os cérebros de fetos, crianças e adolescentes estão em formação e decide que cabe ao Estado protege-los *abstratamente* contra *uma* substância psicoativa[90], desprezando os estudos anteriores do próprio órgão e não citando uma única pesquisa ou prova de que ayahuasca prejudica cérebros em formação, ainda que em cobaias animais. A Suprema Corte dos EUA, em *HOASCA USA,* atribui enorme valor e peso à liberdade, explicitamente afirmando revestir-se, essa liberdade, de especial força, inclusive para contrapor e vencer a lei que proíbe o uso de substância psicoativa.

A só leitura desses casos nos revela duas características essenciais do ordenamento jurídico de qualquer sociedade e que se torna mais visível nos direitos e liberdades fundamentais, que é a necessidade de *i)* ajustar, harmonizar, conformar ou ponderar disposições normativas conflitantes[91] e *ii)* densificar ou concretizar disposições por natureza fluidas e abstratas. Os direitos, liberdades, deveres, poderes e funções, entre outros, instituídos e garantidos pelos ordenamentos, pela sua própria natureza, se contrapõem a outros. A liberdade de fazer tudo aquilo que se deseja encontra limite natural na liberdade do próximo; a liberdade de expressão confronta o direito à honra e privacidade do outro; os poderes executivo, legislativo e judicial são organizados de modo a estabelecer um sistema recíproco de controle da atuação de cada um deles; a livre iniciativa econômica atrita com a proteção do consumidor e a vedação de formação de monopólios; o livre mercado econômico choca-se com leis trabalhistas que reduzem o âmbito da liberdade de contratar; a própria ideia de democracia ou deliberação majoritária colide com a ideia de limites e de constitucionalismo[92] que resguardam direitos fundamentais e minorias. Por outro lado, os direitos e liberdades fundamentais são formulados através de

---

[90] Entendendo-se como psicoativa a substância que altera, modifica ou interfere no funcionamento da mente, suco de maracujá, o chocolate, o café, o guaraná, entre inúmeras outras substâncias, são psicoativas. Entre outros: RÄTSCH, 2005, p. 415/417 e 499/503.

[91] Os termos *ponderar* e *ponderação*, na teoria do Direito e da Constituição, ora é utilizado no sentido de conformar normas conflitantes, ora designando *um*, entre vários métodos possíveis para aquele fim, dando margem a equívocos. Doravante, usaremos *ponderação* para nos referirmos ao método que tem em ALEXY sua elaboração mais conhecida, como se verá logo adiante.

[92] DWORKIN, 2006, p. 23 e ss.; ELY, 201; MORO, 2004, p.190 e ss.; BINENBOJM, 2001, p. 47 e ss.

expressões que pela ideia que veiculam exigem abstração, tal como vida, igualdade, liberdade, dignidade, democracia. Como abstrações representativas de um consenso, carecem de concretude, somente possível quando de sua aplicação: concordamos, por exemplo, acerca da liberdade religiosa, mas não há consenso se essa liberdade impõe que seja acatada a bigamia (pela sociedade e pelo Governo) vivenciada sob inspiração religiosa[93].

Se estendêssemos nossa pesquisa a outros casos, continuaríamos a encontrar o mesmo padrão: pessoas, grupos e instituições atribuindo significados e pesos diferentes à liberdade, variando de um extremo em que se atribui valor absoluto (hipótese em que nunca seria restringida) até o ponto em que não representaria valor algum, sendo mesmo objeto de perseguição, como ocorreu na extinta União Soviética, que não só proibiu mas expropriou bens das igrejas cristãs, muçulmanas e judias. Essa variação de sentidos e âmbito de uma liberdade quando da interpretação ocorre por várias razões. Uma primeira seria a limitação própria da linguagem[94]: se queremos permitir que as pessoas escolham sua opção religiosa, diremos que pretendemos dar-lhes liberdade; ainda que queiramos limitá-la para evitar algumas práticas religiosas (por hipótese, a que admite sacrifícios humanos e/ou atos sexuais com crianças), seremos obrigados a usar expressões abstratas veiculadoras mais de uma ideia geral e nem tanto de atos específicos, como saúde pública, ordem pública e assemelhadas. Outra razão seria a ausência de normas sobre como aplicar normas (metanormas u metadireito): os textos constitucionais, declarações e tratados internacionais não dizem qual o peso que uma liberdade possui (ou se possui) num discurso jurídico, ou em que casos ela deve ceder diante de outros princípios e valores; e quando ela deve prevalecer. E assim é porque, nas palavras de Hart (2007, p. 141), "os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer".

---

[93] *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878). Decidiu-se que a bigamia, mesmo quando praticada sob fundamento religioso entre os mórmons, constitui crime, e não se encontra amparada pela liberdade religiosa.

[94] HART, 2007, p. 139: "em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer"; ALEXY, 2005, 2ªe., p. 33, discorre sobre a imprecisão da linguagem.

As decisões sobre ayahuasca relatadas, ao demonstrar a enorme variação de sentidos e papéis atribuídos à liberdade no âmbito de um discurso, expõem justamente esse que talvez seja o caráter proeminente e ao mesmo tempo obscurecido do Direito: *o sentido de uma norma, e do Direito, não se encontra na norma, nem no Direito,* se entendermos por Direito o conjunto de normas de uma sociedade. Não há nenhuma norma[95] que explicite qual o papel que o intérprete deve atribuir à liberdade religiosa quando em disputa com outras normas e direitos, e não há, igualmente, nenhuma norma sobre como se dá a conformação (no ponto que pertine a este ensaio) de liberdades fundamentais com outras normas e direitos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece o direito à vida (art. III) e à liberdade religiosa (XVIII), mas tais disposições não contribuem para decidir se o Estado deve (ou não) intervir ou não na hipótese de os pais (ou responsáveis) impedirem que uma criança receba transfusão de sangue como tratamento último para garantir sua vida[96].

Essa divergência detectada no trato da expressão liberdade de religião nos diversos casos envolvendo ayahuasca *não* provém da circunstância de que se trata de casos julgados em datas diferentes, por órgãos diferentes e em sistemas jurídicos de tradições díspares (anglo-saxão e romano-germânico). Trata-se de característica própria de todo ordenamento, de ontem e hoje. No HC 82.424/RS, julgado pelo STF em 17.09.2003, juízes debruçados sobre um mesmo processo utilizam não só *noções* diferentes ao aplicar a liberdade de expressão como usam *métodos* diferentes para harmonizar direitos em conflito. Debateu-se ali se, diante da liberdade de expressão e pensamento, configurava crime de racismo publicar livro com explícito teor discriminatório contra os judeus. O Min. Moreira Alves, relator originário, em interpretação histórica, opinou no sentido de que a proibição de racismo se referia ao preconceito ou discriminação contra os negros, aludindo aos debates ao tempo da constituinte,

---

[95] "Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação" (HART, 2007, p. 139).

[96] TRF4, AC 2003.71.02.000155-6, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 01/11/2006. Para subsídios doutrinários, há ótimo estudo do constitucionalista Luis Roberto Barroso: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf. Acesso em 31.07.11.

e, em decorrência, o crime de racismo não se prestava para proteger o preconceito contra judeus, isto é, seria crime de preconceito, mas não o específico crime de racismo. O Min. Gilmar Mendes não só se afasta da interpretação histórica que confinava o crime de racismo à discriminação contra os negros, como caracterizou a controvérsia como uma colisão entre direitos fundamentais, divergindo explicitamente da opinião exposta pelo Min. Celso de Melo, que assim não equacionou o litígio. Já o Min. Maurício Corrêa fez breve referência à liberdade de expressão, anotando que esta não assegura o direito à incitação ao racismo. Por fim, o Min. Marco Aurélio, embora utilizando o mesmo método da ponderação empregado pelo Min. Gilmar Mendes, chega a conclusão contrária, conferindo primazia à liberdade de expressão. Note-se como não há nenhuma norma que discipline quando (ou se) o juiz deve optar pela interpretação histórica, ou que valor deve atribuir à intenção original do constituinte; tampouco há determinação para que o intérprete aplique o método da ponderação, ou outro, ao sopesar valores tutelados constitucionalmente.

Atente-se, agora, à notável semelhança entre o HC 82.424/RS e os casos relativos à ayahuasca: o Min. Marco Aurélio confere à liberdade um status privilegiado, capaz de enfrentar e vencer a lei que tipifica o crime de racismo, sustentando que aquela liberdade protege também o discurso antissemita, e nessa posição prioritária atribuída à liberdade aproxima-se ao papel atribuído à liberdade (religiosa) em *Hoasca USA* e *CONFEN 1987*; a liberdade de expressão no voto do Min. Maurício Corrêa mostrou-se frágil, sequer merecendo maiores comentários, assim como a liberdade de religião foi tratada pelos intérpretes em *Leôncio* e *Confen 1997*.

O aprofundamento da discussão nos proporciona uma melhor visão. Consideremos, por exemplo, o voto do Min. Maurício Corrêa, que emprestou um papel tímido à liberdade de expressão: esse é o papel ou dimensão que uma liberdade efetivamente possui no âmbito de um ordenamento constitucional, de ceder, sem maior justificativa, a outros interesses? Ou a liberdade possui a envergadura dada pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que atribuíram um sentido forte à liberdade de expressão, exigindo densa

argumentação para afastá-la[97]? Limitando nosso exame à divergência desses dois ministros para realçar um traço fundamental: como poderíamos criticá-los? Logicamente é possível criticarmos a definição fraca de liberdade atribuída pelo Min. Maurício Corrêa se utilizarmos como referência a noção forte de liberdade empregada pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Mas isso pouco avançaria na questão, pois poderíamos inverter o raciocínio e objetar que a posição assumida pelo Min. Gilmar e pelo Min. Marco Aurélio seria errada *se* examinada à luz da opinião sustentada pelo Min. Maurício Corrêa. Surge aqui um impasse: só poderemos criticar a opinião esposada por um ou outro ministro se tivéssemos um consenso acerca do que efetivamente é a liberdade, e, de posse desse consenso, verificarmos qual das opiniões dos intérpretes mais se aproxima daquele ponto de referência.

Poderíamos fazer um outro tipo de questionamento. Constatando que os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes utilizaram um método de decisão judicial denominado de *ponderação*, que tem em Alexy[98] e Canotilho[99] sua elaboração mais difundida, é lícito a qualquer cidadão que tem seus interesses julgados por tais juízes indagar: por que optaram por *esse* método e *essa* teoria, e não outro método e teoria? Dado que estão concretizando uma liberdade de índole constitucional que expandirá ou reduzirá o âmbito de ação dos cidadãos, é do interesse de qualquer pessoa que tem seu espaço jurídico-normativo conformado por essas decisões indagar e saber quais as razões pelas quais alguns membros da Corte Constitucional optaram por uma dada teoria, e não por outra(s).

A mera exposição dos votos dos juízes nos diz algo. *Revelam que o sentido de liberdade (e do Direito) não está na norma, mas é informado pela teoria utilizada pelo intérprete*[100]. Essa teoria é que conduzirá o intérprete na

---

[97] É indiferente, por ora, para nosso estudo que os ministros, utilizando um mesmo método, tenham chegado a conclusões opostas, porque nos interessa num primeiro momento saber que peso ou dimensão devemos conferir à liberdade, pois – repetimos – é intuitivo que nenhum direito é absoluto. Mas importa saber se uma vez reconhecido um caráter prioritário à liberdade que interesses ou valores têm aptidão para lhe confrontar.

[98] ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, cap. III, 2008.

[99] Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998.

[100] É muito raro, na prática judicial, afirmar-se que o sentido do Direito é dado por uma teoria de fundo implícita ou explicitamente assumida pelo magistrado. Todavia, academicamente a

interpretação e aplicação daquela liberdade a qual será tanto mais sofisticada quanto assim for a teoria de fundo encampada pelo intérprete. Um intérprete que veja o direito à luz da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, sustentará que uma norma, mesmo a que garante a liberdade, oferece uma moldura dentro da qual ele poderá livremente optar pela interpretação que reputar mais conveniente[101]. O aplicador do Direito terá também larga discricionariedade se for inspirado pelo influente jusfilósofo inglês Herbert L. A. Hart, como este expôs n'*O Conceito de Direito* (2007, p. 140). Alguém que veja o Direito na perspectiva do renomado teórico alemão Robert Alexy, compreenderá o ordenamento como um conjunto de regras e princípios[102], e considerará a possibilidade de correção do discurso, de sua racionalidade, de concordarmos que um enunciado é fundamentado, mas admitirá que as regras do discurso racional *não* determinam o resultado da argumentação, embora possam excluir, por incompatíveis, várias possibilidades interpretativas que, de outro modo, seriam consideradas razoáveis[103].

Há várias outras teorias. Não é objetivo deste ensaio sumariá-las. A referência tem apenas o objetivo de percebermos que seus autores e seus métodos nos são familiares, enfronham-se em nossos pensamentos e imiscuem-se nas linhas e parágrafos das decisões e nos argumentos que sustentam cada interpretação, e disputam a primazia de influenciar cada intérprete, fornecendo-lhe os cânones para aplicação do direito. Mas aqui surge primordial questão: aquele que interpreta liberdades fundamentais é livre para escolher a teoria que melhor lhe aprouver, diante da ausência de um referencial a partir do qual possamos julgar e escalonar as teorias sobre como julgar?

---

questão de que o sentido de uma norma (e do Direito) é dado por elementos externos, é, entre os grandes teóricos, pacífica: ELY, 2010; ALEXY, em especial 2008, Cap. 10, III, 3, v. também 2005, p. 35 (nota 11), ALEXY, 2009; WOLFE (1991); DWORKIN (em especial 1999, p. 113). Mesmo KELSEN admite a necessidade de elementos exteriores: "de todo o modo, tem-se de aceitar-se como possível investiga-la [a norma] a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma [...]" (1999, p. 389. Sem colchetes no original).

[101] "*não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra*". KELSEN, 1999, p. 390/391.

[102] ALEXY, 2008.

[103] ALEXY, 2005, p. 23 e 47.

Conceitos e concepções

Dworkin apresenta um modelo teórico que contribui para a compreensão da questão. Segundo esse modelo, as pessoas concordam quanto ao *conceito* de liberdade, isto é, a ideia abstrata, genérica e consensual de que as pessoas devem ter ou possuir liberdade. Essa ideia é vaga e abstrata porque diz respeito àquilo que a maioria das pessoas é capaz de concordar; qualquer acréscimo a essa ideia reduziria o consenso. O *conceito* de liberdade (ou mesmo de Direito) é geralmente identificado com a própria norma ou dispositivo: a igualdade seria então um conceito; a liberdade de opinião, religião e expressão outros conceitos. Quando se agrega um requisito, uma proposição, uma exigência a esse conceito temos a concepção, que é justamente o conceito (a ideia abstrata) acrescido de um dado que o torna um pouco mais concreto e controvertido, diminuindo o consenso. Imaginemos que os colonos americanos reunidos na Convenção de Filadélfia debatessem a igualdade. Um grupo compreenderia que a igualdade de direitos excluiria, por exemplo, os menores de 21 ou 18 anos, os quais não teriam o direito de votar e ser votado; outros diriam que além dos menores, também as mulheres seria excluídas da plenitude da proteção legal; os fazendeiros, por sua vez, defenderiam que a igualdade não atingiria os escravos; os grandes proprietários alegariam que somente poderiam votar e ser votado quem auferisse um mínimo de renda anual; alguns insistiriam que somente gozariam da plena igualdade os ingleses e seus descendentes, ou que tivessem mais de 10 anos de residência na América etc. Nesse exemplo a ideia abstrata de igualdade obteria tanto mais consenso quanto mais abstrata fosse; e, inversamente, perderia adesão à proporção que fosse mais concreta e pormenorizada.

Dworkin usa a figura de uma árvore, na qual o *conceito* seria o tronco e as *concepções* seriam os galhos dessa árvore[104]. A relação entre *conceito* e *concepções* seria então uma questão de níveis de abstração e concretude, densificando-se na medida em que a concepção se torna mais específica e concreta ao evidenciar as controvérsias latentes. Aplicando essa ideia à

[104] DWORKIN, 1999, p. 86/87.

liberdade de expressão e de religião nos exemplos citados nesse estudo, podemos entender que os intérpretes divergiam sobre a melhor concepção de liberdade, embora concordassem sobre seu conceito mais abstrato. O conceito, ainda segundo o modelo teórico de Dworkin, além de constituir um patamar a partir do qual as concepções se desdobrariam, teria a importante função de servir de parâmetro para as concepções dele decorrentes. Isto porque as concepções são compreendidas como a melhor forma de concretizar e interpretar aquele conceito abstrato. Mas interpretação aqui tem uma conotação bem precisa: a interpretação visa atribuir um propósito a um objeto, a uma prática, a um direito[105]. As concepções, nessa perspectiva, são respostas às perguntas: o que a liberdade, corretamente compreendida, exige quando de sua concretização[106]? Qual a concepção (ou teoria, se quisermos) que atribui melhor propósito à liberdade?

Sistematizando a divergência

Essa forma de compreender o dissenso nos permite sistematizar o impasse que surge quando dois ou mais intérpretes divergem profundamente sobre aplicação de uma mesma norma, avançando o debate a partir de algumas balizas inarredáveis. A primeira delas diz com o fato da supremacia da Constituição, isto é, todos os intérpretes concordam que estão submetidos à força normativa da Constituição, rendendo-lhe obediência enquanto norma superior de onde emana inclusive a própria competência do intérprete. Porém, ainda que reconheçam a supremacia constitucional, é fato que algumas disposições da Constituição não fornecem orientações suficientes e intérpretes bem intencionados e ciosos de seu dever de obediência constitucional podem divergir: embora todos concordem com a dignidade da pessoa humana, esse princípio é utilizado tanto para defender o aborto quando para proibi-lo.

Esse desacordo exige, para ser superado, que os intérpretes explicitem o modo como interpretam a Constituição, os cânones interpretativos utilizados. E justamente nesse momento a divergência se torna mais abstrata, mais teórica.

---

[105] DWORKIN, 1999, p. 71.
[106] DWORKIN, 1999, p. 64, 71, 81/82 c/c 87.

Ante uma norma de textura abertura, o intérprete tem várias alternativas para concretizar o sentido daquela norma. Por exemplo, pode sustentar que a orientação a ser seguida deve se inspirar na intenção do constituinte originário, dando origem ao *originalismo*[107]; ou pode compreender que diante de cláusulas abstratas o intérprete deve densificá-las com base nos valores predominantes na sociedade, na tradição em que está inserido, de modo que aplicar aquelas cláusulas é atualizá-la com o conteúdo axiológico encontrado no seu tempo e lugar; um outro pode considerar que à míngua de uma orientação explícita da Constituição, o direito natural deve lhe servir de guia com base no seu critério de justiça.

Há vários outros critérios[108] de interpretação. Não é aqui o espaço para lista-los. Mas os critérios listados nos permitem um exercício de como podemos superar o impasse verificado entre dois intérpretes. Imaginemos o intérprete que tome como critério determinante a vontade do constituinte, na tese originalista, tendo de decidir se a norma abstrata que assegura a igualdade de todos perante a lei permite ou proíbe a discriminação racial nos EUA (*Brown* v. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)). Se ele levar em consideração os dados históricos, verificará que os constituintes sabiam da discriminação e com ela concordavam, representando o pensamento em vigor na época. Decidir com base no *historicismo* ou *originalismo* seria então admitir e manter a discriminação racial. Diante desse resultado devemos considerar, séria e responsavelmente, se a intenção originária (*the original intente*) mostra-se uma opção atraente e confiável para guiar o intérprete[109].

Outra alternativa seria optar pelos valores consensuais existentes na sociedade quando a Constituição não contiver instruções suficientes em face de

---

[107] A teoria que sustenta que a Constituição deve se ater à intenção original dos constituintes, ainda hoje muito difundida nos EUA, é denominada também de *interpretacionismo* (ELY, 2010, p. 3) e/ou *historicismo* (DWORKIN, 1999, p. 431/432) e *interpretativismo* (CANOTILHO, 1998, p. 1069).

[108] A jurisprudência e a teoria oferecem várias outros critérios para orientar a interpretação de tais cláusulas abertas. *Democracia e Desconfiança* sumaria vários outros (ELY, 2010); *Jurisdição Constitucional como Democracia* também investiga alguns desses critérios (MORO, 2004); DWORKIN, 1999, p. 118 e ss. oferece uma peculiar classificação das teorias.

[109] O *originalismo*, *interpretativismo* ou *historicismo* é objeto de várias outras críticas. Nossa intenção não é esgotá-las, mas meramente indicativa. Sobre o assunto: ELY, 2010, p. cap. I e II; DWORKIN, 1999, p. 430; DWORKIN, 2006, p. 440 ; DWORKIN 2010, p. 167; TRIBE, 2007, p. 1; BARROSO, 1996, p. 108/109, com boa indicação bibliográfica.

dada controvérsia. Ely, descrevendo (mas não concordando) essa perspectiva, diz que "*valores amplamente partilhados* por toda a sociedade devem dar forma às disposições constitucionais abertas à interpretação"[110], de sorte que o intérprete deve esforçar-se para refletir as convicções compartilhadas por sua comunidade ao concretizar as normas abertas. Um intérprete que assim acredite, deve expor essa convicção, e deve responder às críticas que lhe são feitas: se uma sociedade é caracterizada pela forte convicção de que mulheres e negros devem ostentar um papel subalterno na sociedade cabe ao intérprete acolher esse consenso? Como o intérprete iria captar o consenso social: sondando as pessoas, através de consultas públicas? Captando as convenções vigentes através da literatura, mídia e jornais? Junto à doutrina especializada, elaborada por uma reduzida comunidade de acadêmicos? Se para tais questões não se obtiver respostas plenas e satisfatórias, um intérprete comprometido com sua missão de interpretar seriamente a constituição deve, no mínimo, suspeitar de dita orientação teórica.

Que dizer, então, de quem sustenta que o juiz ou intérprete deve preencher as cláusulas abertas com suas próprias ideias sobre a justiça exigida em cada caso? Essa ideia, em regra não proclamada[111], deve ser examinada à luz do princípio republicano pelo qual devemos obediência às normas resultantes do processo democrático, e que não há razão para nos submetermos à opinião de algum indivíduo em particular, especialmente daquele que não foi eleito nem responde eleitoralmente perante a sociedade e, o mais importante, não tem como apresentar nenhum indício de que sua ideia de justiça é a melhor para a sociedade.

Se os juízes em dissenso continuassem, com sinceridade, expondo suas convicções sobre como devem interpretar a Constituição, esse diálogo excluiria diversos critérios por não se ajustarem a convicções e princípios que se encontram enraizados em nossas práticas políticas. Se é certo que não há um critério isento de críticas, é igualmente certo que isso não justifica aceitarmos e

---

[110] ELY, 2010, p. 83.

[111] Embora possa parecer surpreendente, à luz do princípio democrático, alguém afirmar que sua função de intérprete lhe autoriza a legislar, há quem assim o diga o tenha praticado explicitamente: ELY (2010, p. 58/64), (TRIBE, 2007, p. 11/12). WOLFE (1991, p. 281 e ss.) contextualiza historicamente o nascimento dessa corrente nos EUA.

usarmos critérios e teorias que se mostrem incapazes de responderem satisfatoriamente graves indagações públicas sobre sua validade.

A leitura moral - Nesse breve exercício passamos em revista algumas formas tradicionais de interpretar a liberdade de religião. Podemos examinar a mesma questão à luz de uma interpretação lastreada na moralidade política. Sob este ângulo os dispositivos que fazem referência a conceitos interpretativos como liberdade, igualdade, dignidade, democracia e outros não são *vagos,* nem imprecisos. São conceitos interpretativos que exigem uma concepção acerca do que requer concretamente a liberdade, a democracia, a igualdade etc. Devem ser compreendidos como propondo uma questão moral (um conceito) que reclama uma resposta (uma concepção): uma concepção sobre a melhor forma de concretizar aquele valor abstrato (DWORKIN, 2007, p. 212/3).

O exercício do poder, para ser legítimo, deve remeter a uma decisão majoritária elaborada com a participação direta ou indireta e em igualdade de condições das pessoas submetidas àquele poder. Essa decisão majoritária, para manter a igualdade que lhe justifica, é limitada por direitos morais advindos da igualdade, de modo que as decisões obtidas através do procedimento majoritário não podem violar aquela igualdade de status que é expressão do dever de o Estado e a comunidade atribuir a cada pessoa a mesma consideração e o mesmo respeito. Esses direitos individuais são antiutilitários, não podendo ser atingidos por medidas justificadas tão somente pela circunstância de que trariam mais benefício ou bem-estar à comunidade. A liberdade de religião é um direito individual básico abstrato.

A leitura moral da liberdade de religião (ou de outra liberdade) conduz imediatamente a discussão a outro nível e natureza, pois não se vai discutir qual a intenção do Constituinte, se ele pensou ou não, quando aprovava esse dispositivo, em religiões que faziam uso de substâncias psicoativas, em sacrifício de animais, em pessoas que rejeitam transfusões de sangue, que resistem submeter seus jovens à atividade física nas escolas em razão do traje etc. Tampouco indagará qual o sentido semântico da palavra liberdade; assumir que a liberdade de religião expressa um princípio político leva o debate para o âmbito das teorias políticas, das várias concepções sobre os princípios que

devem reger uma sociedade e a distribuição dos bens e oportunidades escassos e liberdades, sobre quais as diferenças que devem ser toleradas por uma comunidade em face dos princípios que assumiu ou que se supõe ter aceito ao se estruturar. Porém, também aqui não haverá discricionariedade ao intérprete para escolher a teoria política que melhor lhe apetecer, pois uma teoria terá de satisfazer às duas dimensões (ajuste e política). Se é certo que mais de uma se mostrará capaz de se ajustar à prática em termos gerais, uma delas se revelará, na dimensão substantiva ou política, mais atraente e capaz de justificar, em maior proporção ou profundidade, nossa prática à luz de princípios que julgamos corretos na perspectiva moral.

O debate moral que se instaura não diz respeito à teoria que o intérprete gostaria que fosse escolhida para organizar a sociedade e servir de parâmetro quanto ao que é certo ou errado em termos de organização política de uma comunidade, mas à teoria política que melhor se adapta à nossa história, nossos paradigmas, e que justifica mais densamente as decisões que reputamos corretas em mira de uma moralidade ideal. Um intérprete de inspiração marxista pode conceber que a propriedade privada é um erro, mas, se ele for sincero e zeloso no exercício de suas funções públicas, terá de admitir que a história, nossas leis e nossa tradição não se ajustarão à teoria que apregoa a propriedade coletiva dos meios de produção. A história será importante em vários aspectos. Informará o que os legisladores disseram, e aí focaremos nossa atenção (no que disseram), para que possamos daí extrair o princípio político assumido implicitamente na lei ou os princípios que lhe subjazem; não buscaremos saber o que pensaram ou o que intencionaram ou o que previram. A história também é importante no sentido de que pertencemos a uma tradição que se iniciou antes de nossa geração e que perdurará para além dela, e essa circunstância nos impõe a certeza de que participamos de uma obra coletiva a cada decisão e interpretação, e que toda decisão e interpretação, feita por cada um dos agentes ao longo da história, deve ter o propósito de aprimorar o Direito, a liberdade em exame e reestruturá-la (o) à luz das exigências atuais. Essa percepção histórica permite o diálogo com a tradição encontrada pelo intérprete, possibilitando que a avalie e reflita em que medida essa tradição tem

aptidão para dar conta dos desafios morais de cada geração em face de princípios políticos assumidos pela comunidade como condição de sua organização.

Além da história, a *integridade* restringirá o intérprete. A ideia de que o Estado deve agir de modo coerente com um conjunto de princípios políticos-morais (DWORKIN, 2010b, p. 21, 250) limitará as teorias capazes de justificar nossas decisões, paradigmas e intuições tidas por corretas. Por exemplo: acreditamos que a escravidão é um erro. Mas podemos justificar essa proposição de várias formas e a partir de várias teorias. Quem acredita que justo é aquilo que torna uma sociedade melhor poderá concordar com essa afirmação a partir do raciocínio de que a existência de mais pessoas livres contribuirá para uma sociedade mais rica e com mais oportunidades de trabalho e emprego; mas quem acredita que o Estado deve intervir o menos possível, como os libertários, também concordará que a escravidão é uma iniquidade. Um liberal igualitário repugnará qualquer ordem social e jurídica organizada a partir da premissa de que algumas pessoas são inferiores a outras. Teríamos aí três teorias, entre várias outras, que rejeitam a escravidão. Em princípio, as três forneceriam uma concepção de liberdade ajustada à nossa história em relação ao tema. Verificada essa compatibilidade, deveríamos ampliar nossa análise e examinar se as três teorias são capazes de explicar outros aspectos e decisões de nossas práticas jurídicas que reputamos corretas, como por exemplo, se são aptas para explicar porque devemos (ou se devemos) amparar pessoas pobres, doentes e idosas que não possuem condições de prover seu próprio sustento. Se verificarmos que nossas leis enfatizam essa proteção, mas algumas daquelas teorias não a recomendam, impõe-se fazermos uma reflexão: se nos convencermos da justiça dos pressupostos que informam aquelas teorias e com isso concordarmos, é possível que julguemos nossas leis injustificadas, em conflito com outros princípios mais básicos de nossa vida social: se a legislação reserva à população negra uma educação de menor qualidade, como previsto na Constituição Brasileira de 1937, e se essa discriminação atrita com a igualdade, aquela diretriz educacional suscita, no mínimo, uma interpretação que a faça se harmonizar com aquele princípio mais abstrato; mas é possível também que

aquelas teorias, e não as leis, se mostrem incapazes de oferecer uma justificativa para a realidade, de modo que elas (as teorias), e não as leis, é que devem ser recusadas.

A liberdade de religião emerge assim como um Direito básico, assumindo em qualquer deliberação jurídica a posição de proeminência discursiva ou *trunfo* do indivíduo frente à maioria, exigindo forte argumentação em sentido contrário para ser afastada. Não poderá ser afastada sob a alegação de que ofende a moral convencional, por exemplo, porque enquanto direito básico se reveste da característica de ser antimajoritária: ainda que a maioria não a aceite ou a aprove, ela prevalece. A liberdade também não poderá ser afastada a título perfeccionista, isto é, não poderá ser recusada ao argumento de que uma sociedade deve necessariamente se organizar em torno de uma ideia edificante e elevada moralmente.

O *perfeccionismo* pressupõe um modelo virtuoso de comunidade e, quando adotado por um grupo dominante (embora não majoritário), impõe suas regras e modos de vida, com exclusão de outros. Se uma sociedade organizada sob essa ideologia compreende que uma comunidade virtuosa se caracteriza pela ausência total de substâncias psicoativas, ela não toleraria o uso ritual de Ayahuasca. Essa ideologia pode assumir muitas facetas, quer políticas, como o nazismo, fascismo, maoísmo e outros regimes totalitários, mas também assume formas religiosas, como a ideia de criar Estados-religiosos organizados em torno da ideia de uma verdade revelada e de líderes religiosos que falam em nome de Deus, pelo que todos estão obrigados a obedecê-los e segui-los. Alguns Estados modernos ainda assumem essa forma, sendo talvez o mais representativo, na atualidade, o Irã, no aspecto religioso, e a Coréia do Norte, no aspecto político.

O direito à liberdade de religião assumido como um Direito básico é então um direito forte, um *trunfo* frente à maioria e somente cede diante da necessidade de harmonizá-lo com outros direitos fundamentais.

A liberdade de religião como trunfo e a Ayahuasca – retornando às decisões

Quando iniciamos esta pesquisa sobre direitos fundamentais detectamos a necessidade de conceituar o que é um direito fundamental e qual seu peso ou papel no âmbito de um ordenamento e, em especial, como se relaciona com outras categorias legislativas, como as leis: identificamos que os direitos fundamentais tem um sentido forte, de barreiras ou trunfos contra a maioria. Constatamos que é possível várias interpretações, porque Direito é um conceito interpretativo que admite várias concepções, obrigando o intérprete a escolher dentre várias interpretações ou concepções. Assentamos que Direito é um empreendimento político destinado a regular o exercício do poder político numa comunidade a partir de um conjunto coerente de princípios, e essa finalidade do Direito determinará a melhor interpretação, pois entre várias possibilidades, melhor será a interpretação que se apresentar moralmente peremptória. A partir desses referenciais, podemos retornar às decisões envolvendo Ayahuasca e analisá-las em mira do sentido forte e antiutilitário de que se revestem os direitos, assumido neste trabalho, com foco nas razões expostas para rejeitá-los.

Significa que numa deliberação envolvendo uma liberdade básica existe, para aquele que a desafia, o ônus argumentativo de demonstrar razões substantivas capazes de afastá-la, indicando que outra liberdade ou direito básico corre o risco de ser indevidamente afetado, caso se reconheça a liberdade em disputa. Esse caráter prioritário da liberdade traz uma consequência importante para nosso estudo: ela é incompatível com método da ponderação.

O Método da ponderação e os direitos

O vocábulo ponderação na teoria do Direito remete à maneira como devem ser sopesadas normas em conflito, significando genericamente ajustar, conformar, balancear. Nessa acepção ampla, sempre que numa controvérsia a incidência de um norma implicar o afastamento de outra e quando as duas aspiram reger o conflito, haverá ponderação. Num sentido mais estrito designa

um método específico de realizar aquele ajuste que tem em Alexy[112] sua elaboração mais difundida, denominado de regra da proporcionalidade. É entendido como "a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais", na dicção de Barcellos[113].

Em sua forma mais tosca, a ponderação ocorre abstratamente, como em *Leôncio*, onde o juiz contrapôs a *incolumidade* e a *saúde* frente à liberdade de religião, concluindo abstratamente que entre esses princípios, a vida e a saúde deviam prevalecer, mesmo que ele não tivesse prova da periculosidade da bebida; da mesma forma, e ainda de modo abstrato, em CONFEN 1997, o intérprete ponderou que entre o normal desenvolvimento psíquico dos fetos, das crianças e adolescentes e a liberdade de religião (implícita, eis que não referida), devia prevalecer a saúde dos juridicamente incapazes, mesmo que não houvesse indícios de que a bebida tenha provocado algum dano em alguma criança, feto ou adolescente apesar dos longos anos da prática cultural.

Em sua forma mais sofisticada a ponderação envolve fases ou elementos nas quais se examina seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[114]). No HC 82.424/RS verificamos que os juízes ponderaram a liberdade de expressão, agitada pelo réu acusado de racismo, em face do direito à dignidade, não discriminação ou igualdade, de que são titulares os indivíduos integrantes do grupo ofendido (judeus). Verificamos também que os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, examinando os mesmos requisitos da técnica (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), chegaram a resultados opostos.

E assim ocorreu e ocorre porque a proporcionalidade enquanto técnica exige que o intérprete valorize os princípios envolvidos, atribuindo pesos. Não há maior dificuldade nesta avaliação quando se pensa, por exemplo, entre a liberdade de alguém de ingerir bebida alcoólica e o direito à segurança dos outros, concluindo-se, sem maior relutância, que aquela liberdade deve ser

---

[112] ALEXY, Roberto. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2010.
[113] BARCELLOS, 2005, p. 23.
[114] ALEXY, 2008, p. 117/120.

sacrificada ante a segurança, vida e incolumidade das demais pessoas. Todavia, é difícil sopesar princípios em situações nas quais não há um referencial mais definido, quando a resposta não se revela tão clara, como decidir se a liberdade de imprensa deve prevalecer sobre o direito à imagem na hipótese de pedido de suspensão de publicação acoimada de caluniosa. Essa dificuldade (ou impossibilidade) de atribuir peso e dimensões para princípios tão díspares em situações concretas foi comparada pelo Juiz Scalia, da Suprema Corte dos EUA, como o equivalente a "julgar se uma certa linha é mais longa do que uma certa pedra é pesada"[115], aludindo a grande margem de subjetividade deixada pela ponderação.

Com base na teoria política na qual a liberdade decorre da igualdade, temos um referencial a partir do qual podemos examinar e optar entre duas concepções de liberdade que atribuem sentidos fortes e fraco. Podemos agora afirmar que, *se* a liberdade tem o propósito de indicar o status de igualdade e de autonomia que mutuamente reconhecemos a cada ser humano capaz, então atende melhor esse propósito a concepção forte de liberdade. E em face dessa afirmação, quanto ao sentido forte, duas objeções devem ser enfrentadas.

A primeira é que alguém poder alegar que esse propósito é arbitrário e em certa medida tão caprichoso e subjetivo quanto a escolha de uma teoria jurídica pelo intérprete. Para os limites deste estudo cabe enfatizar que só é possível contestar o propósito exposto se alguém se dispuser a afirmar que *i)* os indivíduos não têm o mesmo valor e não são merecedores da mesma consideração e respeito, ou, se se quiser, que existem pessoas dotadas de maior valor intrínseco do que outras; e que *ii)* as pessoas não devem ser reconhecidas como capazes de fazer escolhas, e que outro ente deve fazê-lo. Há teorias que assim fazem, como as teorias políticas marxistas até há pouco tempo sustentaram. A questão então é saber se essas outras teorias, com os resultados históricos já demonstrados, se mostram atraentes.

A segunda objeção é que atribuir à liberdade um caráter forte ou fraco seria algo indiferente a partir dos exemplos dados: é verdade que em *Leôncio* e

---

[115] BENDIX AUTOLITE CORP. v. MIDWESCO ENTERPRISES, 486 U.S. 888 (1988): *It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy*" – Voto dissidente do juiz SCALIA, J. Tradução livre.

Confen 1997, quando se atribuiu um papel fraco à liberdade esta foi negada, e quando se atribuiu um caráter forte, em *Confen 1987* e *HOASCA USA* a liberdade foi garantida. Porém, o HC 82.424/RS demonstra outra situação: o voto do ministro Maurício Corrêa apresentou uma dimensão *fraca* de liberdade para negá-la, mas o Min. Gilmar Mendes, que empregou um sentido *forte* de liberdade, também a negou. Esse julgado parece indicar que o sentido forte ou fraco não impediu vereditos contraditórios. Mas esses permitem outra leitura.

Como tentamos demonstrar, a força de uma liberdade advém da sua capacidade de resistir a certos argumentos, de modo que somente pode ser afastada, de modo aceitável, quando confronta outros direitos. O que torna um direito forte é a circunstância de que ele resiste a argumentos utilitários (aqueles que orientam a decisão para aquilo que torna a sociedade melhor – mais produtiva, mais rica etc.) e perfeccionistas (argumentos que recorrem a um modelo ideal de sociedade), tornando-o escudo contra decisões da maioria. Diante de um direito, reconhecido como fundamental, a lei enquanto expressão de um deliberação majoritária, por si só, não é capaz de vencê-lo, exigindo-se a demonstração de que o exercício desse direito forte afetará direitos de terceiros ou implicará substancial custos à comunidade.

O objetivo deste texto é refletir como podemos compreender e dar eficácia as liberdades fundamentais previstas em declarações internacionais e carta de direitos constitucionais para que tais liberdades não fiquem, apesar do esforço da comunidade internacional, dependentes do subjetivismo e do arbítrio do intérprete. Para isso, importa saber qual o papel que tais liberdades desempenham no âmbito de um discurso público voltado para decidir sobre direitos dos indivíduos. Se os direitos e liberdades têm o mesmo peso que outras deliberações legislativas, então não haveria sentido em tamanho esforço em celebrar tratados internacionais para garanti-los ou insculpi-los em Cartas de Direitos. Se, por outra, eles se revestem de algum caráter especial, saber qual é essa característica é crucial para torna-los efetivos e concretizá-los.

O fato de um intérprete, desprezando aquela qualidade superior de que se revestem, profere uma decisão que se mostra razoável *em seu resultado* não desnatura o quanto aqui afirmamos, pois o que se persegue é que as decisões se

revelem justificadas perante a comunidade de pessoas que se atribuem mutuamente respeito e consideração enquanto exigência para compartilharem um projeto de sociedade ao qual vale a pena aderir. Um veredito cujo resultado final podemos concordar mas que não se mostra justificado pouco contribui para a garantia dos direitos, porque ao não se justificar nos princípios que regem a sociedade (ou assim não demonstrar) impede que nos identifiquemos com ele. Quando nos satisfazemos com o *resultado* de um veredito, sem examinar sua justificativa, estamos em verdade considerando a *justiça* ou *injustiça* desse resultado, e isso é um fator de dissenso, porque cada pessoa ou grupo tem uma concepção própria de justiça; quando exigimos que as decisões que afetam interesses das pessoas (e nossos) se mostrem justificadas em princípios que compartilhamos, estamos acentuando e mantendo o sentido de comunidade que se organiza a partir de princípios nos quais todos se reconhecem e que podem aderir, aumentando a coesão social e estimulando a cidadania como fator de identidade comum.

É hora de finalizarmos e aplicar as proposições expostas neste trabalho aos casos expostos, <u>limitando-nos às razões expostas em cada decisão</u>. Admitir que a liberdade de religião é um direito fundamental implica, por primeiro, que ela somente pode ser restringida mediante elementos concretos que provem a impossibilidade de seu exercício, como por exemplo, que sua prática acarrete danos a terceiros. Mais: a liberdade, ante sua especial condição, exige que quem a ela se oponha apresente provas da impossibilidade de seu exercício, não merecendo acolhida argumentos meramente retóricos. Dizer que *Leôncio* não fez prova de sua inocuidade <u>inverte</u> a fundamentalidade e a primazia que as liberdades fundamentais possuem no discurso jurídico. Do mesmo, viola o dever de igualdade e contraria a finalidade dos direitos fundamentais a assertiva genérica, exposta em *Confen 1997,* de que pelo só fato de ser psicoativa deve ser proibida para mulheres grávidas, crianças e adolescentes, sem referir nenhum indício científico nem considerar os estudos anteriores concretos que indicavam que a quantidade e periodicidade eram tão reduzidas para essas pessoas que não indício de risco concreto.

A circunstância de que DMT, presente na ayahuasca, pode desencadear surtos e delírios de grandeza, e que só por isso, deve ser proibida, é por demais genérica para derrotar a prioridade ínsita à liberdade. Esse argumento farmacológico tem a seguinte estrutura: "a substância X causa dano (surto psicótico, delírios etc) à saúde, portanto, deve ser proibida". Ocorre que esse argumento *genérico* suprime, como toda generalidade, a especificidade do caso que o distingue, e não pode ser levado a sério. Observe-se: açúcar faz mal à saúde, então deve ser proibida; refrigerante faz mal à saúde, especialmente às crianças; guaraná causa taquicardia; óleo vegetal nas frituras; manteiga, café, chocolate, leite (lactose), trigo (glúten) etc. A lista será longa e abrangerá praticamente todas as substâncias utilizadas na alimentação humana[116].

A esses exemplo pode-se contrapor: açúcar faz mal se ingerido em demasia e diariamente; refrigerante faz se consumido imoderadamente; guaraná causa taquicardia se tomado exageradamente... ora, então perceberemos o que Paracelsus há muito afirmava: *a dose certa diferencia um veneno de um remédio*[117]. Dizer que DMT pode induzir a surtos psicóticos e delírios de grandeza é algo muito diferente da verificação feita através de pesquisas pelo CONFEN 1987 e pela Justiça Americana, que as doses ministradas e a periodicidade entre as ingestões no ritual se mostram adequadas para permitir um uso seguro, naquele contexto. Essa constatação empírica não retira nenhuma característica do DMT, como o consumo moderado de leite, café, guaraná, refrigerante e manteiga não retiram as qualidades que esses mesmos alimentos possuem para causar danos à saúde, *dependendo* da dose ou periodicidade[118].

---

[116] Curiosamente, o jornal "O Estadão", no dia 30.10.2009, repercutindo notícia divulgada pela BBC Brasil, relata o desfecho de um processo pela morte de uma californiana que ingeriu água demais ao participar de um concurso promovido por uma rádio. Disponível: http://www.estadao.com.br/noticias/geral,radio-tera-que-pagar-us-16-mi-pela-morte-de-candidata-em-concurso-nos-eua,458807,0.htm. Em http://gilvanalmeida.blogspot.com/2010/05/depende-da-dose.html há referências médicas acerca desse caso.

[117] *Apud* OGA, 2008, p. 4.

[118] A cultura de massa reflete essa proposição: o famoso filme *super size me*, dirigido pela cineasta Michael Moore, documenta a mudança para pior nos indicadores clínicos de um homem, saudável, depois de um mês comendo apenas numa famosa rede mundial de lanchonetes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo sobre as razões de dissenso verificadas em decisões judiciais sobre a liberdade de religião ultrapassamos as fronteiras do Direito, e chegamos à teoria política que discute os princípios últimos que devem estruturar e justificar o modo como uma sociedade se organiza, distribui seus espaços, riquezas e direitos, e de lá retornamos com a proposição de que a liberdade de religião deve ser examinada à luz da igualdade que constitui um *dos* consensos que justifica o próprio ordenamento, revestindo-se de prioridade no discurso jurídico, somente sucumbindo mediante robustas razões que se apoiem em princípios que todos possam compartilhar.

Não sumariamos outras ideias políticas que influenciam diretamente as teorias do Direito[119]. Dados os limites e pretensões deste ensaio, fizemos breve esboço e expusemos as consequências de adotarmos uma teoria política que atribui a todo indivíduo o mesmo valor e consideração. A objeção a essa opção teórica, para ser válida, exige a demonstração de que esse pressuposto está equivocado, ou que exista um outro no qual melhor nos reconheçamos como indivíduos livres e capazes.

Também não discorremos sobre quais razões são idôneas para afastar a liberdade religiosa dotada de supremacia discursiva. Isto será objeto de outro estudo, mas, com base nos elementos fixados na pesquisa, examinamos as razões expostas nas decisões que deliberaram sobre a liberdade de religião no caso ayahuasca.

Isto significa que *Hoasca* e *Confen 1987,* que reconheceram a liberdade de culto, estão justificadas no âmbito de uma sociedade de pessoas capazes, livres e iguais, que respeitam o indivíduo na sua autonomia e o tratam com igualdade ao lhe dedicar o mesmo respeito e consideração? Tais decisões devem valer não pelo seu resultado, mas por se apresentar ou não justificada à luz dos princípios que regem o tema. Tais decisões consignaram, cada uma a seu modo, que no contexto religioso em que utilizada, a ayahuasca não punha em risco interesses próprios nem de terceiros. Essa decisão – assim formulada - se

[119] KYMLICKA, 2006 expõe algumas das mais proeminentes teorias políticas contemporâneas.

mostra coerente com os princípios que acreditamos que devem estruturar a convivência entre pessoas iguais e valorizam a capacidade de autodeterminação própria de pessoas capazes e livres? Se sim, ela se encontra justificada; se não, não. Mas esse julgamento deve ser feito por cada um, e quem discordar deve apontar razões concretas pelas quais deve ser negado a um grupo de pessoas aquilo que é concedido a outros: o livre exercício de uma religião.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

______. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

______. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLEN JR., John L. ***Opus dei*: os mitos e a realidade**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2000.

BARCELLOS, Ana Paulo. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional Antidrogas – CONAD. Resolução n. 1, de 26 de janeiro de 2010. Publicada no D.O.U de 26.01.2010. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>. Brasília: CONAD, 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN. Processo 08000.017948/96-21. Parecer sem data. Relator: Conselheiro Arnaldo MADRUGA. Brasília: CONFEN, 1997. Decisão D.O.U. 8.7.1997. Disponível: http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=7&data=08/07/1997

______. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN. Relatório final das atividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho designado pela Resolução CONFEN n. 4, de 30 de julho de 1985. Sem data. Relator: Conselheiro Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ. Brasília: CONFEN, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald**. A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

______. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

______. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart**. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JACQUES, Paulino. **A Constituição Explicada**. São Paulo: Forense, 1970.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2ª ed.

______. **Teoria pura do Direito**. São Paulo, Martins fontes, 6ª ed., 2ª tiragem, 1999.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LABATE, Beatriz Caiuby. As religiões ayahuasqueiras brasileiras. In LABATE, Beatriz Caiuby e ARAÚJO, Wladmir Sena (orgs.). **O uso ritual da ayahuasca**. Campinas, Mercado de Letras, 2ª ed., 1ª reimpressão, 2009.

______; ROSE, Isabel Santana de; SANTOS, Rafael Guimarães. **Religiões Ayahuasqueiras: um balanço bibliográfico.** Campinas: Mercado de Letras, 2008.

______. Dimensões legais, éticas e políticas da expansão do consumo da ayahuasca. *In* LABATE, Beatriz Caiuby e GOULART, Sandra (orgs.). **O uso ritual das plantas de poder**. Campinas: Mercado de Letras, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madri: Editorial Trotta, 1998.

MEZTNER, Ralph. A Experiência da ayahuasca – ensinamentos dos Espíritos das Plantas Amazônicas. In MEZTNER, Ralph (organizador). **Ayahuasca: alucinógenos, consciência e espírito da natureza**. Rio de Janeiro, Gryphus, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional, 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OGA, Seizi; Almeida, Márcia Maria de; BANISTUZZO, José Antonio de Oliveira. **Fundamentos de Toxicologia**. São Paulo, Atheneu Editora, 3ª Ed., 2008.

RÄTSCH, Christian. **The Encyclopedia of Psychoactive Plants – Ethnopharmacology and Its Applications**. Rochester, Vermont: park Street Press, 2005.

RAWLS, Jonh**. O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____ . **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 3ª ed., 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

WOLFE, Christopher**. La Transformacion de La Interpretacion Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

DESAFIOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA ENQUANTO INSTRUMENTO DE LUTA NO CONTEXTO DE GARANTIA DAS LIBERDADES.

Alda Fernanda Sodré Bayma Silva[120]

RESUMO: O presente artigo apresenta o contexto de surgimento das liberdades fundamentais a partir das Revoluções Liberais, enfatizando-se o surgimento da liberdade religiosa nesse bojo. Dessa forma, vislumbra-se o surgimento de uma nova perspectiva do que venha a ser Liberdade partindo do conceito desenvolvido por Amatya Sem. Nessa esfera, prima-se por uma liberdade envolta em prerrogativas econômicas, políticas e sociais que irão iniciar um novo paradigma no âmbito da liberdade religiosa enquanto reflexo de uma sociedade plural e que repousa sob o manto de um Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This article presents the appearance of the context of the fundamental freedoms from the Liberal Revolutions, emphasizing the emergence of religious freedom in this bulge. Thus, we conjecture about the emergence of a new perspective on what will be starting from the Freedom concept developed by Amatya Sen. In this sphere, press up for a freedom shrouded in economic prerogatives, political and social will start a new paradigm in scope of religious freedom as a reflection of a plural society and that rests under the mantle of a democratic state
Palavras - chaves: liberdade religiosa, liberdades fundamentais

Introdução

> *Só será possível viver em sociedade de maneira autêntica na medida em que a liberdade for existente, tornando os indivíduos mais do que simples partes da comunidade, mas agentes de decisão, participantes das decisões que politicamente transformam a vida se todos.(HEGEL, 1999)*

Tendo-se como ponto de partida a reflexão feita por Hegel associando a autenticidade de uma comunidade a seu grau de liberdade, muito se discute

---

[120] Advogada. Pedagoga. Graduada pela Universidade Federal do Maranhão. Aluna do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA.

qual o verdadeiro teor e conteúdo a que se propõe os diversos tipos de "liberdades" enquanto expressões que se coadunam a garantia de direitos. Em estados democráticos de direito, a liberdade constitui-se em condição *sine qua nom* de sua própria existência. Em regimes totalitários, a liberdade surge como sinônimo de perigo, pois, proíbe-se as manifestações contrárias ou qualquer tipo de autonomia surgida da ideia de individualismo.

Dessa forma, propõe-se no presente artigo fazer-se um levantamento acerca do surgimento das "liberdades" no bojo das revoluções, bem como, de sua consolidação enquanto núcleos garantidores de direito. Refletida através de um espelho social, longa foi à trajetória em busca de um aperfeiçoamento que viesse a desnudá-la em outras formas, tais como, liberdade de expressão, de imprensa ou mesmo, liberdade religiosa.

Nesse ínterim, diversos estudiosos buscaram estudar o conteúdo dessas diversas formas de liberdades, buscando adequá-las a realidade sociocultural e econômica que se mostra no mundo pós-moderno. Na atualidade, pode-se falar que uma das maiores afrontas que podem ser percebidas no que diz respeito a não garantia de liberdades enquanto direitos, refletem-se nas condições socioeconômicas e socioculturais indignas a que muitos povos estão sujeitos ao redor do mundo.

Logo, surgiu à necessidade de recontar-se a liberdade a partir do ser humano, não mais visto apenas como sujeito de direitos inatos à sua própria existência, mas também visto, como célula fundamental que precisa ser priorizada nos espaços públicos de modo a pleitear-se políticas de gestão eficientes. Nessa esfera, Amartya Sen surge propondo uma nova roupagem para a liberdade, apesar de sua teoria ser limitada e criticada por muitos que alegam que o mesmo não propõe soluções concretas para a resolução dos problemas enfrentados, um primeiro passo já foi efetuado nesse sentido, pois, as reflexões expostas por Sen, incentivam o ser humano a buscar soluções em meio às discussões nos espaços públicos, exigindo uma resposta mais efetiva por parte dos agentes públicos, bem como, o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção das liberdades e garantias fundamentais.

Oriunda do cenário de afirmação dos direitos humanos de 1ª(primeira) geração, e tida como o ápice das liberdades, por exigir para sua manifestação uma sintonia e funcionamento de todas as demais liberdades, a liberdade religiosa ganha forma sob uma sociedade que respeita o pluralismo políticoe que reside sob o manto do estado democrático de direito. Contudo, mesmo em sociedades que apregoam a livre manifestação do pensamento, pode-se verificar que algumas vezes a liberdade religiosa não pode ser protegida de forma plena devido aos preconceitos oriundos de toda ordem seja econômica, jurídica ou mesmo social.

No Brasil, o direito à liberdade religiosa busca consolidar-se em uma esfera por vezes permeável, mas pouco estável, quando se pleiteia sua proteção via Poder Judiciário. Verifica-se que esse direito ora é incluso no rol de direitos fundamentais tendo garantida a sua plena proteção sob o manto Constitucional, ora perde seu status natural passando a ser visto como uma concessão do Estado que pode ou não garantir sua tutela plena e efetiva.

Buscando fazer um retrospecto em torno do aparecimento e consolidação das liberdades, em especial da liberdade religiosa no mundo e no Brasil, juntamente com o novo modelo de liberdade proposto por Sen, busca-se ponderar e, por fim, analisar o novo papel atribuído à liberdade enquanto instrumento que se reflete na busca pela afirmação dos direitos.

2 . Breve histórico de afirmação das liberdades enquanto núcleo fundamental de direitos.

O termo "liberdade" associado à busca de reconhecimentos de direitos, ganha destaque a partir dos séculos XVI e XVII através da chamada doutrina do *jusnaturalismo* que teve como principal precursor o filosofo inglês Thomas Hobbes. Sob este cenário, segundo Bobbio(1986, p.13-100), ganham ênfase algumas características que necessariamente deveriam ser apregoadas como forma de legitimação da supracitada doutrina, dentre estas:

> ***O individualismo*** representado pelo status quo do individuo que o acompanha desde o seu nascimento, onde já nesse momento ele possui direitos intrínsecos como a vida, liberdade

> e propriedade; ***o pacto social*** que corresponde a um acordo entre os homens livres para a formação da sociedade civil; ***o Estado*** que pode constituir-se sob várias formas, seja através de um poder único e monolítico com defendido por Hobbes, ou mesmo, um modelo no qual a Assembleia Geral representando diretamente a vontade geral conforme proposto por Jean Jacques Rousseau (...); ***os direitos naturais***, os quais são inerentes aos indivíduos , que existiam antes da criação do Estado e que cabe ao Estado proteger(...) para Rousseau e Kant o único verdadeiro direito natural, que inclui todos os outros, isto é, a liberdade entendida como autonomia do sujeito; ***a tolerância***, a ideia de tolerância religiosa, proposta por Locke na Carta sobre a tolerância e divulgada pelos iluministas, muda progressivamente a relação entre Estado e Igreja, tornando a religião um assunto não mais público, mas privado; ao mesmo tempo, a liberdade de religião impulsiona também a liberdade pensamento, de expressão, de imprensa fortalecendo assim a esfera "privada" do cidadão e o âmbito dos direitos civis.

Surgidas no período de ascensão da burguesia que reivindicava, uma maior representação política frente ao clero e nobreza o jusnaturalismo, traz consigo a ideia de liberdade em intrínseca relação com o conteúdo do individualismo. Logo, o sujeito possui autonomia de ações para se determinar em dado contexto social, podendo nele manifestar seus pensamentos, escolher seus governantes ou escolher até sua mesmo sua religião.

Ao pronunciar-se acerca da supracitada garantia Kant afima que "o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida como independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro". Pensamento oriundo da ascensão de uma nova classe social que trazia consigo dinheiro, mas não, status e poder, a burguesia via no leque de liberdades sua fuga do constrangimento imposto pela nobreza do reconhecimento através do sangue.

Influenciadas por esses ideais, as chamadas revoluções burguesas tiveram seu estopim, marcadamente entre os séculos XVII e XVIII, os direitos de liberdades constituíram-se na base das revoluções liberais, dentre estas: a Declaração de Direitos da Revolução Gloriosa ,a Declaração de Direitos do Estado da Virginia em 1777, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O que havia em comum no conteúdo dessas declarações , era a presença dos chamados “direitos de liberdade”, que constituem-se em direitos de ordem liberal atrelados à ascensão da burguesia, quais, sejam, direito à vida, à liberdade, à propriedade, e segurança. A figura do Estado nesse cenário limitava-se em resguardar os direitos individuais através da lei sem intervir ativamente na sua promoção.

Nelson Juliano Cardoso Matos (2012, p.353) ao discorrer sobre a ideia moderna de liberdade faz uma associação desta como instrumento de expressão da lei. Vejamos:

> Como contraponto à ideia moderna de liberdade (cujo núcleo é o individualismo), a lei moderna também difere da lei pré-moderna; a pretensão do monopólio da produção normativa (máxima tão precisamente sintetizada por Max Weber) eleva a lei como instrumento mais importante da expressão do direito; no primeiro momento, por se tratar de uma forma clara e desvinculada (especialmente do costume[121]); assim, a lei é a expressão do poder, particularmente do poder do Estado (governo); como manifestação moderna, a lei também é pretensamente uma expressão da razão[122].

A lei como “modus operandi” do Direito acaba por instrumentalizar a liberdade que é verificada enquanto reflexo de um conjunto de direitos e garantias que devem ser resguardados. Na atualidade, a liberdade enquanto direito, garante uma série de prerrogativas aos cidadãos, dentre estas, a de escolher seus representantes, a de optar entre ter ou não uma religião, a liberdade de manifestar seus pensamentos ser censurado por esses atos. Enfim, a liberdade está em intrínseca relação com os valores que compõe a Democracia, perpassando, inclusive, o papel do cidadão enquanto sujeito ativo

---

[121] Neste sentido, há uma interessante passagem do Leviatã: “Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio (pois às vezes o silencio é um argumento de aquiescência), e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio”. HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 208.

[122] “Na construção do conceito moderno de liberdade, a obra de Rousseau e de Locke assinala uma transformação importante na antiga distinção escolástica entre *voluntas* e *ratio*, posto que a lei deixa de ser *voluntas* [...] para ser ordenação livre da sociedade com base num direito individual racional. Recupera-se assim, de certo modo, a noção de *nomos* da Antigüidade, mas sob um novo enfoque. A liberdade entende-se agora como liberdade *legal*, ou, como diz Montesquieu [...]”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de fi losofi a do direito**. p. 100.

de um contexto social no que se refere a elaboração das leis . Vejamos, Matos (2012, p.353) :

> Neste contexto moderno, quando se trata de liberdade, não se quer tratar do exercício da liberdade entre os indivíduos; pode-se até considerar esta dimensão, mas apenas ao se referir a um momento não social (o estado de natureza, por exemplo); tratar da liberdade tem significado para alguns autores como liberdade em relação à lei (contra o governo) ou como liberdade pela lei (autogoverno); o que significa (a) uma associação entre lei e governo e (b) um sentido ainda mais específico de liberdade social que é a liberdade política (que acaba sendo a mesma coisa que liberdade legal). Assim, para a concepção liberal de liberdade – liberdade como independência –, a liberdade é a permissividade da lei e para a concepção democrática – liberdade como autonomia –, a liberdade é a participação na elaboração da lei.

3. Uma Reconstrução no conceito de Liberdade a partir de Amartya Sen.

No livro *Desenvolvimento como liberdade,* Amartya constrói um conceito inovador que vem a preencher às expectativas do que significaria a "liberdade" enquanto direito no contexto da sociedade atual. Primeiramente, o autor associa a ideia de liberdade em íntima ligação com desenvolvimento, tanto que este último é visto como um processo de expansão das liberdades reais. Vejamos, Sen (1999,p.3) :

> O desenvolvimento pode ser visto, argumenta-se aqui, como um processo de expansão das liberdades reais de que desfrutam as pessoas. Enfocar a liberdade humana contrasta com concepções mais estreitas do desenvolvimento, como as que o identificam com o crescimento do produto nacional bruto ou com o aumento da renda pessoal, ou com a industrialização, ou com o avanço tecnológico, ou com a modernização social... Ver o desenvolvimento em termos da expansão das liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que tornam o desenvolvimento importante, antes que meramente para os meios, que, inter alia, cumprem parte proeminente no processo.

Ao discorrer sobre o significado de liberdade substantiva em seu livro " A Idéia de Justiça" , Sen (2012,p.87) afirma que " a liberdade substantiva confere

um papel central a aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza.” Dessa forma, a escala de valores elencadas em uma esfera íntima de cada um, e , posteriormente, transfigurada para o cotidiano através dos desejos e aptidões que dela emergem, agora, serão desenvolvidos em um contexto que prima pela expansão das liberdades reais.

Nessa esfera, só podemos vislumbrar o desenvolvimento como mola propulsora de um país se houver, de fato, a expansão das liberdades, dentre as quais, destaca-se a liberdade econômica, a liberdade política e a liberdade social. A nova roupagem, engenhosamente construída por Sen para a ideia de liberdade, elenca sobre três pilares que regem as modernas sociedades os núcleos propagadores de garantias de um Estado Democrático de Direito.

Só há que se falar em liberdade econômica quando se possui uma garantia de acesso ao mercado, ou seja, as pessoas estão livres para transacionarem, sem qualquer impedimento ou tipo de controle arbitrário que venha a originar a exclusão de alguns. Logo, permite-se a livre circulação de produtos e pessoas. A exemplo, o trabalho escravo que ainda persiste como marca do atraso em algumas fazendas do Pará e Maranhão acaba por tolher desses indivíduos, o poder que eles possuem de escolher seu empregador , ou mesmo, a forma como empregar sua força de trabalho.

A liberdade política é refletida através das garantias democráticas incluindo nesse rol os direitos civis, e referem-se à liberdade de escolha como , por exemplo, poder escolher àqueles que devem governar o país e, respeito ao pluralismo político através do qual, há o reconhecimento que todos merecem ter assegurado o chamado “mínimo existencial”, qual seja, um núcleo inafastável de direitos que impliquem respeito e consideração às diferentes formas de ser, pensar e agir.

O último tripé do desenvolvimento partindo da perspectiva de Sen corresponde à liberdade social, a qual, está em intrínseca relação com o respeitar as diversidades oriundas seja do contexto social, espiritual , financeiro, dentre outros. Barral (2005, p.39) afirma que “ a liberdade social é garantida

com a tolerância das diferenças e das minorias, com a liberdade religiosa. Essas segundo Sem seriam as grandes liberdades reais.”

Ao destacar o respeito às particularidades e diferenças como a base do desenvolvimento de uma sociedade, Amartya ataca a esfera obscura do ser humano que muitas vezes eivado de preconceitos, radicalismos e comportamentos intolerantes acaba por querer impor dogmas que devem ser visto como uma fonte única de razão, daí originam-se às guerras religiosas, o holocausto, o extermínio dos Bahai’s no Irã. Enfim, a liberdade social conforme apregoada por Sen, só encontra guarida quando o respeito às diferentes formas de pensar e agir, tornam-se uma bandeira a ser legitimada todos os dias na busca pelo reconhecimento do “ser igual, com diferenças”.

Nessa busca, a relevância dos valores do raciocínio para o aumento das liberdades e , consequentemente, para a realização do desenvolvimento é de suma importância. Sen (2010, p. 284):

> Precisamos, então, de uma estrutura avaliatória apropriada; Precisamos também de instituições que atuem para promover nossos objetivos e comprometimentos valorativos, e ademais, de normas de comportamentos e de um raciocínio sobre o comportamento que nos permitam realizar o que tentamos realizar.

Ao analisar-se a questão de uma estrutura avaliatória apropriada associa-se a justiça social ao acesso a uma base informacional que seja mais coerente e consistente para a realização da avaliação social e econômica. Logo, para que a base informacional seja ampliada não poderá se fazer uma política do consenso social baseada apenas em preferências individuais dadas, ao contrário, deve-se estimular as discussões públicas em busca de um surgimento e aperfeiçoamento da escala de valores de cada um. Nesse sentido, Amatya (SEN, 2010, p.288 a 289):

> Nossas ideias sobre o que é justo e o que não é podem ser influenciadas pelos argumentos apresentados para discussão pública, e tendemos a reagir às opiniões uns dos outros às vezes com um comprometimento ou até mesmo um trato, e outras vezes com inflexibilidade e obstinação implacáveis. É importante, ainda, reconhecer que as disposições sociais surgidas e as politicas publicas adequadas não requerem que

> haja uma “ordenação social” única que contenha um ranking completo de todas as possibilidades sociais alternativas. Concordâncias parciais ainda opções aceitáveis (e eliminam as inaceitáveis), e uma solução viável pode basear-se na aceitação contigente de medidas especificas , sem exigir a unanimidade social completa.

Logo, o desenvolvimento de valores dentro de um determinado contexto social, esta interligado aos espaços de discussão que são erigidos para que a liberdade de expressão aflua, não no sentido de unificar o discurso, mas sim, de unir as diversas ideias que ali foram edificadas em busca de políticas publicas eficazes e coerentes com as necessidades da população .

Contudo, o maior óbice para o conceito de liberdade a partir da ideia de Sen encontra-se nas suas vias de implementação. Barral (2005, p. 40 a 41) afirma:

> O grande problema de garantir o desenvolvimento como liberdade, entretanto, continua a ser a forma da implementação (...) os problemas começam no momento de transformar este enunciado em políticas públicas concretas (...) como deve agir um administrador público que tem que escolher entre várias prioridades entre recursos escassos? Amartya afirma que a maior prioridade deverá ser o ser humano, e o critério deve ser a maior liberdade do ser humano.Mas o dilema do administrador público será o da opção no caso concreto, opção que trará implicações sociais e políticas visíveis para determinados grupos da sociedade.

Apesar do conceito de liberdade de Sen haver revolucionado o mundo, pois, Barral (2005, p.40) “põe o ser humano no centro das preocupações econômicas e busca consolidar valores que hoje são muito caros, como os direitos humanos e valores fundamentais”, muitos são aqueles que o criticam pelo fato de haver sido confrontado um problema, sem contudo, ser oferecida solução que pudesse vir a resolvê-lo. A questão da administração de recursos escassos e da avaliação do que deve ou não ser prioridades são questões ainda não foram respondidas nesse enfoque mais abrangente de liberdade. Contudo, a contribuição dada por Sen esta a refletir de varias maneiras, inclusive na melhoria de indicadores sociais de vários países subdesenvolvidos. Na

realidade, necessita-se de um simples aprimoramento na busca pela implementação das soluções mais eficazes para a população.

4. Liberdade Religiosa no Mundo e no Brasil

4.1 Surgimento e consolidação da liberdade religiosa no contexto histórico mundial.

O estudo do surgimento das religiões e da liberdade religiosa na história da humanidade delineou-se através dos paradoxos existentes ao longo do tempo, na tentativa de se definir o que seria religião. Nos ensinamentos de Carlos Lopes de Mattos (1957), religião "é a crença na dependência em relação a um ser superior que influi no nosso ser, ou ainda, a instituição social de uma comunidade unida pela crença de seus ritos."

Nos primeiros registros acerca do surgimento da liberdade religiosa têm-se que o Imperador Galério editou o chamado "edito da tolerância", o qual, representava a necessidade de paz na convivência entre as diversas religiões. Na pré-história o homem expressava suas crenças de várias maneiras, dentre estas, o *animismo* que corresponde a crença em animais, plantas e a lua.

No Ocidente, o desenvolvimento religioso da humanidade caminhou em direção ao *Politeísmo* (crença em diversos deuses), e depois ao *Monoteísmo* (crença em uma só divindade).Na era pré-cristã têm-se as primeiras manifestações de unidade teológico-política na sociedade. Nas comunidades judaicas não havia distinção entre as funções teocráticas e políticas. As normas tinham sua origem na vontade divina, sendo o poder político organizado de acordo com preceitos divinamente estabelecidos (Bernardes, 2007, p.02).

Na Grécia Antiga, com o advento do pensamento filosófico-racional, a fase mitológica do sentimento transcendente é substituída. Nesse momento, a religião não é deixada de lado, mas pensada de forma diferente. A religião mitológica torna-se uma religião racional, oficial, pública. O divino é vinculado principalmente através dos pensamentos de Platão e Aristóteles, "as idéias de

razão e lei" [123]. Conforme afirma Bernardes (2007, p. 25), nessa época, ainda não havia indícios de uma liberdade de expressão religiosa individual. A religião passa a ser encarada de forma dessacralizada, mas continua a ser assunto de interesse exclusivo da *polis*, de interesse público.

Na sociedade romana, conforme afirma Jorge Miranda (1993, p. 12), "a religião funciona, fundamentalmente, como um instrumento de regulação estável de acordo com a idéia de justiça vigente nas relações pessoais e patrimoniais". Todos os cultos eram aceitos, desde que não fosse rejeitada a figura do Imperador, tido como digno de adoração.

O surgimento da liberdade religiosa, segundo Victor Garcia Toma (2001, p. 35-48), remonta às palavras do rei persa Addashir, no século III a.C., a saber:

> Sabei que a autoridade somente se exerce sobre o corpo dos súditos, e que o rei não tem poder algum sobre o coração humano. Sabei que, ainda que se domine os homens no que diz respeito as suas posses, não se dominará nunca o fundo das suas mentes.

Torna-se possível reconhecer, ainda que de forma sutil, que as imposições impostas a um comportamento exterior, mesmo naquele contexto social, não poderiam ser feitas também no pensamento humano, pois o que importa à liberdade religiosa é a sua exteriorização, ou seja, os direitos oriundos da defesa daquilo que se pensa, porquanto o simples pensamento, dada a sua própria natureza, não pode ser monitorado e nem penalizado.

Ainda sobre o surgimento da liberdade religiosa, o jurista Aldir Guedes Soriano (2004, p. 2), assevera:

> A expressão "liberdade religiosa" foi utilizada, provavelmente, pela primeira vez no segundo século da era cristã. Tertuliano, um advogado convertido ao cristianismo, usou essa expressão na sua obra intitulada Apologia (197 d.C), para defender os cristãos que passavam por uma feroz perseguição religiosa empreendida pelo Império Romano.

---

[123] Sobre este ponto conferir, Leo Pfeffer, Church, State and freedom. 2 ed. Boston,1967, p.5ss. apud: MACHADO, Jonatas. Op.cit., p.15

Ainda em Roma, com o surgimento e disseminação do Cristianismo, ocorreu a introdução de pensamentos e conceitos que modificaram de sobremaneira os meandros seguidos pela religião até aquele momento.

Para Miranda (1993, p. 12), "houve um momento revolucionário de idéias que se revelariam da maior importância nos desenvolvimentos teóricos-políticos subseqüentes". Consoante a doutrina cristã, Jesus Cristo, através da sua morte na cruz, expiou os pecados de todos aqueles que nele viessem a crer, trazendo salvação e vida eterna, desde que tal crença fosse recepcionada pela atitude individual e consciente de cada um. Logo, o homem teria o livre arbítrio para escolher sua salvação de acordo com as suas convicções.

Como assinala Jônatas Machado (1996), "esta acentuação das idéias de liberdade e responsabilidade individual colocam o Cristianismo em rota de colisão, já com o fatalismo da antiguidade, já com as práticas coercivas no plano político-moral". Ademais, a introdução da *Eclésia*[124], primeira comunidade de pessoas reunidas para cultuar e adorar a um deus único partindo de critérios exclusivamente espirituais irá fortalecer a tese que a salvação tão almejada é concedida segundo a liberdade de escolha de cada um.

A partir da doutrina cristã iremos ter a cisão da relação una do Estado com a Igreja, o que, posteriormente, irá ser fundamental para formação do estado laico. Inclusive os evangelhos registram essa segregação, como bem explicita Claudia de Cerjat Bernardes citando Paul Marshall (2005, p. 9):

> a célebre frase de Jesus Cristo, quando perguntado sobre uma questão de tributo, registrada em três evangelhos no Novo Testamento da Bíblia Sagrada, *'daí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus'* [125] traz um nítido ensinamento da separação dos assuntos divinos com os assuntos mundanos, ou seja, das estruturas de poder humanas.

Ademais, a soberania de Deus resulta para os cristãos que tudo está sob autoridade última e eterna dele, sendo que sua vontade sempre prevalece.

---

[124] Eclésia é uma palavra de origem grega que significa convocação, assembléia ou agrupamento de pessoas convocadas dentro de um grupo maior para um fim específico.

[125] Cf. nos livros de Mateus 22:21, Marcos 12:17 e Lucas 20:25, no Novo Testamento da Bíblia Sagrada.

Com sua doutrina disseminada aos quatro cantos do mundo, os seguidores cristãos sofreram com anos de perseguição, mortes e templos destruídos. Somente a partir do século IV, mais especificamente no ano de 380, o Cristianismo irá ter seu reconhecimento através do Imperador Teodósio, que o proclama como religião oficial do Império Romano. Aliando política e religião, e primando pela manutenção do poder, o imperador passa a ser visto como supremo moderador entre a Igreja e o Estado, regime que ficou conhecido como cesaropapismo[126].

Tal quadro, na afirmação de Jônatas Machado (1996) resulta em um período de muitos séculos em que foram incrustadas as afirmações do discurso teológico-confessional da Igreja Católica, o qual subsistiu por um longo período, tendo sido até o advento da Reforma Protestante, marco de ruptura com a tradicional unidade teológica-política existente. Foi no cenário da queda do Império Romano, que o vazio político existente procurava ser preenchido pela Igreja Católica e o Bispo de Roma. Indiscutivelmente tida como depositária da verdade revelada, e titular, em última instância de todo poder na ordem terrena, torna-se incontestável a idéia de que fora da Igreja não há salvação.

Nesse contexto, a subordinação do imperador e dos monarcas era a prova cabal de que a Igreja Católica possuía instrumentos políticos, jurídicos e bélicos disponíveis a serviço da religião, cuja principal tarefa consistia na “cura” das almas dos crentes e impedir a sua contaminação pelas idéias erradas disseminadas por outras minorias religiosas.

Na Idade Média, também denominada de “Idade das Trevas”, percebemos a sociedade caracterizada pela submissão social e religiosidade, a qual justificava inclusive a estratificação existente, consubstanciada na institucionalização de um regime de camadas sociais (clero, nobreza e plebe) “divinamente” estabelecidas e incontestáveis.

Segundo Cláudia Maria Toledo Silveira (1997, p.3):

---

[126]Bernardes (2007) define cesaropapismo como um poder espiritual supremo em que ele se auto-compreende como portador de uma missão escatológica e soteriológica supremas, confundindo suas funções políticas cada vez mais com as religiosas.

> A concepção medieval do Direito Natural tomou como base o Estoicismo e a Jurídica Romana. Ele se vincula, na Idade Média, à vontade de Deus. A Igreja assume como instituições legítimas a propriedade privada, o matrimônio, o direito, o governo e a escravidão. No entanto, pregando sempre uma forma ideal de sociedade, na qual reinaria um Direito Natural Absoluto (originário da doutrina estóica do Direito Natural absoluto e relativo), em que todos os homens seriam iguais e possuiriam todas as coisas em comum, não havendo governo dos homens sobre homens ou domínio de amos sobre escravos, a Igreja conseguiu manter os ideais cristãos longe da realidade.

Como podemos verificar, a construção do universo intelectual na Idade Média partia da concepção de verdade teológica unilateral, centralizadamente captada e adjudicada. Qualquer noção de liberdade que pudesse existir se apresentava intimamente associada à verdade teológica, sendo compreendida como liberdade de todo o pecado, ou seja, liberdade na verdade ou dentro dos limites da verdade. (MACHADO, 1996).

Mesmo nas estruturas social, política e jurídica que compõem a sociedade, como a educação, a ciência e a economia, o imperativo de proteção da pureza da doutrina católica ditava os conteúdos que seriam relevantes, bem como, as verdades que seriam protegidas e disseminadas.

Tem-se, portanto, uma estrutura hostil a qualquer discussão, refletida na hierarquia e estratificação da sociedade medieval, organizada em diferentes estratos sociais, teológico-politicamente predeterminados. Contestar essa realidade correspondia à transgressão da pessoa e da obra do Criador do universo. Contudo, o desenvolvimento científico contribuiu para mudanças nesse cenário até então incontestável. A cosmologia aristotélica-ptolomaica, até então incontroversa, acaba por ser questionada por pesquisadores como Copérnico, Kepler, Galileu e Bruno (MACHADO, 1996).

Ainda na análise do autor supracitado, o estudo do movimento dos planetas abalou as premissas sobre as quais estava alicerçada a ordem social vigente, anunciando a emergência histórica de novos revolucionários paradigmas epistemológicos e científicos. O geocentrismo passa a ser ultrapassado, o que redundou no questionamento legítimo e crítico da legitimidade das autoridades tradicionais. Esta nova visão de mundo, baseada

na observação empírica dos fenômenos e na construção intelectual de modelos teórico-explicativos, abre as portas à aplicação da razão humana. A sociedade já não é compreendida como uma ordem naturalmente hierarquizada e estratificada, mas sim como um espaço aberto às modificações individuais e coletivas, pensamento emergente no Renascimento e na Reforma Protestante.

Para Jônatas Machado (1996, p.8), a liberdade religiosa ganha ênfase com o surgimento da noção de autonomia do indivíduo, no contexto da Reforma Protestante. Através dos questionamentos levantados pelos reformadores, em especial Lutero e Calvino, a individualidade ganhou os contornos necessários para a posterior defesa da liberdade religiosa como um direito fundamental a ser resguardado.

Para Machado (p. 338):

> A Reforma Protestante corresponde, no ocidente europeu, ao Fim da Idade Média, na medida em que vem destruir irremediavelmente o *modus vivendi* comunal que caracterizava a sociedade feudal, alicerçado numa constelação de vínculos pessoais de vassalagem jurídica e socialmente estáveis, em que o enquadramento teológico político se centrava nas figuras do Papa e do Imperador. As questões sociais e nacionais que até então permaneciam recalcadas renasciam agora com grande intensidade avivadas pelo fervor religioso, favorecendo o aparecimento de guerras civis religiosas.

Nos países católicos, o Estado nacional se fortalece através da legislação eclesiástica regida para controlar o máximo possível a influência e o poder da Igreja e do Papa nos territórios nacionais e proteger a soberania do rei. Por sua vez, os países protestantes não abraçaram essa separação orgânica, pois a Igreja constituía-se em um braço do Estado, sendo os religiosos considerados funcionários públicos.

Tais posicionamentos culminaram nas guerras religiosas entre os partidos católico e protestante, que permearam a Europa durante os séculos XVI e XVII, causando genocídios de grandes proporções. Tal quadro foi superado com a assinatura da Paz de Augsburgo, em 1555, e a de Westfália, em 1648, nas quais se consagrou o princípio político *cuiuc régio eius et religio*[127].

[127] Princípio que corresponde a cada reino sua religião.

Na sociedade ocidental, o próprio fortalecimento e reconhecimento da liberdade religiosa deu-se em grande parte no bojo das relações entre Igreja e Estado. Podemos dizer que a liberdade religiosa floresceu a partir das guerras religiosas e se solidificou na transição do Estado moderno e monárquico para o Estado constitucional e republicano. As mudanças culturais ocorridas no Estado moderno, acompanhadas de uma teorização do poder político e de formulações em torno da liberdade religiosa, passaram a compreender as idéias de neutralidade estatal e de pluralismo ideológico e religioso. (COSTA, 2008, p. 97).

Contudo, conforme assinala Costa (2008), a partir do desenvolvimento e evolução da liberdade religiosa, a justificação do poder no Estado Moderno seguiu duas linhas diferentes, de difícil conciliação. Para uns, o Estado derivava de um pacto livremente estabelecido entre os indivíduos, cabendo ao monarca garantir a paz e a segurança dos súditos.[128] Para outros, o poder do monarca fundamentava-se no poder de Deus, perante o qual se deve prestar contas. Tais concepções implicaram diferentes formas de relação entre as confissões religiosas e o Estado durante o período, desde a relativa secularização do Estado até a glorificação da pessoa do monarca como representante de Deus.

Esse modelo de fundamentação teórica do poder político culminou com a idéia de contrato social[129]. Com esse modelo, buscava-se superar as teorias legitimadoras do poder de forma teocrática ou patriarcal, "erigindo o discurso legitimador sobre as bases de natureza imanente, universalmente válidas, racionalmente acessíveis a todos". (MACHADO, 1996, p. 69).

Conforme Machado (1996, p. 69), a liberdade religiosa coletiva, todavia, restava restringida, uma vez que a idéia da corporação implicava controle do Estado sobre as confissões religiosas. De outro lado, o reconhecimento jurídico

---

[128] De referir o entendimento de Jean Jacques Rousseau (1712-1788), segundo o qual no contrato social o homem perde parte de sua liberdade natural e de seus direitos ilimitados, para ganhar a liberdade civil, limitada pela vontade geral , que lhe garante a proteção do Estado. A concepção de liberdade, nessa linha de pensamento, é abstrata e comum a todos os homens.

[129] Jonatas Machado (1996, p. 68), trazendo à colação a doutrina contratualista moderna, refere que se partiu do fato de que o homem, no estado de natureza, submetido à lei do mais forte, não conseguiria suprir suas necessidades de forma satisfatória, pelo que, restar-lhe-ia celebrar um contrato social com outros indivíduos e formar uma comunidade política, passando ao estado civil.

das entidades religiosas já apontava para a consideração da consciência individual como limite para atuação do Estado. Assim, uma vez reconhecido o caráter público de uma religião, também o seu membro passava a ter tutelada a sua liberdade de professá-la enquanto direito de defesa perante o Estado.

De acordo com esse autor, o contratualismo jusnaturalista lançou as bases sobre as quais o direito à liberdade religiosa viria a ser edificado posteriormente. As formulações teóricas de Thomas Hobbes (1588-1679), Bento Spinoza (1632-1677) e John Locke (1632-1704), efetuaram-se no plano da tolerância religiosa, a saber, "uma concessão graciosa reversível do Monarca, do Estado, ou de uma maioria política ou religiosa". Essas concepções filosóficas não implicavam a luta contra o modelo de relação entre Estado e Igreja então existente, mas sim "uma luta para lograr parcelas de liberdade em favor dos credos minoritários". (MACHADO, 1996, p. 341). Tratava-se, pois, de uma fase transitória para o reconhecimento constitucional à liberdade religiosa.

Machado (1996, p. 342), ainda assinala que houve uma distinção tanto por parte de Hobbes quanto de Spinoza entre a religião pública, conformada às determinações do Estado, e a religião privada, de foro íntimo. Locke foi mais além, ao distinguir política e religião, estando esta última subordinada à autodeterminação individual.

Ao analisar o surgimento dessa corrente que privilegia o privado sobre o público, NÚÑES (2003, p. 23) leciona que:

> A partir da Reforma, o culto religioso havia passado a organizar-se em igrejas nacionais, porque se impôs o pensamento de que a religião não podia ser assunto privado. Os rebatizados e os puritanos romperam com esse delineamento e, situando-se em outro plano, deram ao problema uma resposta nova.
>
> A religião é certamente privada frente ao Estado, porém isso não significa que perca seu valor, senão o contrário: uma relativização e inclusive uma desvalorização do Estado. A religião, como coisa suprema e absoluta, se transforma em problema do indivíduo e de todo o resto, toda a espécie de formações sociais , tanto Igreja como Estado, se converte em algo relativo que só pode derivar seu valor como meio auxiliar daquele único valor absoluto. Com efeito, se a religião, o assunto supremo e decisivo, é assunto só do indivíduo, é porque

> os problemas que dizem respeito com o indivíduo são mais importantes que os que ocupam os Estados.

As mudanças culturais ocorridas ao longo dos séculos XVII e XVIII, acompanhadas de uma teorização do poder político, resultaram nas Revoluções Americana e Francesa, as quais implicaram uma ruptura com o modelo até então existente e a afirmação das idéias de neutralidade estatal e de pluralismo ideológico e religioso.

Todo esse processo político culminou com a consagração da liberdade religiosa nos textos das principais declarações de direitos, de tratados e convenções internacionais, bem como das Constituições da maioria dos países democráticos ocidentais, muito embora, nesse último caso, guardando características próprias da tradição de cada Estado no que tange a sua relação com as confissões religiosas. Assim sendo, à época, distinguiam-se os Estados confessionais, Estados separatistas, com ou sem cooperação, e os Estados de inspiração laicista. (COSTA, 2008, p. 98).

Corroborando a proliferação e evolução desse pensamento, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, colonizada por protestantes puritanos, afirmava que:

> Art.16: A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo o homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado por sua consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou segurança da sociedade. É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros". (COMPARATO, 2008, p.120).

A partir desse momento, afirma-se a autonomia como o principal fundamento da liberdade religiosa, a qual fora reconhecida ainda pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, que dispõe em seu artigo 10º, *in verbis*:

> Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Como conseqüência da defesa da autonomia e dos princípios da liberdade de consciência e livre manifestação do pensamento, o que inclui também a liberdade religiosa, as declarações de direitos dos Estados do Ocidente pregavam o respeito a esses princípios, incluídos no rol de direitos imanentes ao cidadão.

Evidenciando o pioneirismo americano no tema, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, sobre a liberdade religiosa, Comparato(2008 ,p.125) dispõe que:

> O Congresso não editará nenhuma lei instituindo uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente, ou de petição ao governo para a correção de injustiças.

De fato, a existência de uma crença religiosa sempre foi presente e muito importante para uma sociedade. O seu reconhecimento deu-se com o respeito individual diante das diferenças, tendo como ápice o surgimento das diversas legislações supracitadas e outras, como exemplo, Declaration on the Elimination of All Forms of Religious Intolerance[130], que esclarece de maneira detalhada em que consiste o direito a liberdade de pensamento, crença, religião e consciência.

Na atualidade, vários mecanismos de defesa e proteção a liberdade religiosa estão positivados nas Constituições de diversos países, sobretudo os de vocação democrática. Ademais, em 1998, foi criado através da Lei sobre Liberdade Religiosa Internacional (IRFA)[131] o mais novo instrumento buscando unir forças para que essa garantia possa ser tutelada mundialmente, e não somente em alguns países: trata-se do Relatório de Liberdade Religiosa, feito

---

[130] A Declaration on the Elimination of All Forms of Religious Intolerance esclarece de maneira detalhada em que consiste o direito à liberdade de pensamento, à crença, à religião e à consciência. Está disponível e pode ser consultada no site oficial: <http://www.religioustolerance.org/un_dec.htm>.

[131] A Lei sobre Liberdade Religiosa Internacional (IRFA) determina que o secretário de Estado, com a assessoria do embaixador geral para Liberdade Religiosa Internacional, apresente ao Congresso —um Relatório Anual sobre Liberdade Religiosa Internacional como complemento da versão mais recente dos Relatórios sobre Direitos Humanos, fornecendo informações adicionais detalhadas com relação às questões que envolvem a liberdade religiosa internacional. Está disponível e pode ser consultada no site oficial: < http://www.state.gov/documents/organization/132731.pdf >.

com a ajuda de governos, autoridades religiosas, entidades não governamentais, jornalistas, monitores de direitos humanos dentre outros, que buscam investigar se está havendo cerceamento na prática da liberdade religiosa nos países e como esse problema pode ser contornado.

Por oportuno, há de se destacar que a proteção à liberdade religiosa está ligada à progressiva laicização do Estado que a partir desse momento, foi adotando os ideais do positivismo filosófico, propiciando o surgimento de espaços de afirmação da liberdade religiosa enquanto direito a ser assegurado.

Dessa forma, a tutela e garantia da máxima efetividade desse direito está intimamente ligada à sua Constitucionalização e o respeito à esfera individual de cada um, tarefa que exige não só a atitude abstencionista do Estado, mas sim, o seu dever de garantir o respeito às minorias no limite das suas desigualdades, sem quaisquer discriminações odiosas. Esse deve ser o principal reflexo de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que prima pela igualdade formal e material entre seus cidadãos.

A Liberdade Religiosa no Brasil Colônia e nas Constituições de 1824 a 1969.

A liberdade religiosa no Brasil pode ser entendida a partir do próprio modelo de colonização implantado por Portugal que impunha as aptidões políticas, sociais, morais e religiosa que deveriam reinar no contexto do Brasil-Colônia. Dessa forma, a superioridade e hegemonia da Igreja Católica transpassava o além-mar como reflexo do cenário existente em Portugal.

Ao analisar a inserção da religião católica no bojo de uma colônia , até então, eminentemente indígena e com suas crenças culturais arraigadas, Gilberto Freyre (1992) afirma que:

> (...) os colonizadores das terras brasileiras não importaram da metrópole separatismos políticos, grandes divergências religiosas ou preconceitos raciais. Em contrapartida, não admitiam outra religião que não fosse a católica, pois, durante quase todo o século XVI, a colônia esteve escancarada a estrangeiros, só importando às autoridades coloniais que fossem se fé ou religião católica. (

Com a criação da Companhia de Jesus, em 1940, o processo de violência contra a liberdade religiosa dos indígenas foi acelerado, pois, a catequização dos "povos selvagens" constituía-se no principal objetivo dos jesuítas que faziam da religião um escambo, pois, somente aqueles que aceitavam ser catequizados ficam excluídos do processo de escravidão.

Nos anos de 1630 a 1654 , durante o período de ocupação holandesa no nordeste brasileiro tivemos o primeiro quadro de tolerância religiosa no Brasil Colônia, a saber:

> No campo religioso, as atitudes de Nassau são geralmente consideradas um exemplo expressivo de tolerância. O governador concedeu liberdade de culto para os católicos, o que muitas vezes irritava os calvinistas menos tolerantes, como os *predikants*. Os jesuítas, entretanto, não obtiveram permissão para instalar-se no Brasil holandês, tendo sido expulsos nos primórdios da ocupação flamenga, aspecto não alterado na fase nassoviana. (HIRAN 2001, p.145)

Após a independência do Brasil , ainda durante o período imperial, os direitos civis, inclusive os de ordem religiosa, continuavam a sofrer restrições e controle realizados pelo Imperador e pela elite dominante, os quais, negavam direitos básicos a grande parte da população como forma de manutenção da própria estrutura de governo e seu poderio econômico. Contudo, as revoluções burguesas que se proliferavam pela Europa no final do século XVIII, e a Revolução Americana "forçaram" o reconhecimento dos direitos civis liberais na Constituição Imperial de 1824, pelo menos no bojo constitucional, o direito à igualdade , liberdade de pensamento e à propriedade passavam a está sob a proteção do manto da Constituição Imperial.

Contudo, mesmo influenciados pelas revoluções burguesas e americana, a liberdade religiosa continuava a ser "tabu" naquele ambiente hegemonicamente influenciado pela Igreja Católica e ratificado pela Constituição de 1824 classificada como teísta e confessional, pois, somente a religião supracitada continuava a ter a permissão do Estado para realização de cultos, bem como, era proprietária dos cemitérios existentes. Logo, conclui-se

que aquele que não professasse publicamente a fé católica estaria condenado a não ter um local para ser enterrado, pois, não se admitia nenhuma outra religião senão a que era oficial do Estado, a católica. Ribeiro (2002) ensina que :

> a Constituição do Império buscou cuidar da questão religiosa de forma clara, adotando um certo tom liberal no tratamento da individualidade, na medida em que seu foro íntimo encontrar-se-ia livre para a escolha religiosa, o que não se verifica no espaço público, na medida em que a manifestação exterior ainda é proibida e o próprio Estado, por sua vez, encontrava-se atrelado a uma religião oficial, a católica.(RIBEIRO, 2002, p.61-62)

O cenário que até então era plenamente favorável à consolidação e expansão da Igreja Católica, passa a sofrer sérios revés a partir do Segundo Reinado. A intensificação das revoltas populares, que na Europa e América do Norte resultaram nas primeiras Declarações de Direitos, no Brasil, seu "burburinho" fez-se ressoar em revoltas reativas que buscavam demonstrar um aperfeiçoamento da sociedade em busca do reconhecimento efetivo dos seus direitos básicos, a sociedade já não encarava as imposições do Imperador de forma natural.

Somente em 1891, após a proclamação da República, houve uma desvinculação entre Estado e Igreja Católica, " sendo vedado ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos" (CRFB, Art. 11, § 2º) [132]. Logo, estava instituída a laicidade do Estado brasileiro. Além disso, o caráter inovador da Constituição de 1891, consistiu em elencar em seu artigo 72 uma série de regras em relação a liberdade religiosa, tais como a liberdade de culto; a exclusividade do casamento civil para fins de reconhecimento pelo Estado; a administração pública dos cemitérios; e o ensino leigo nos estabelecimentos públicos .

Posteriormente, a Constituição de 1934 mantém a separação entre Igreja e Estado (art. 17, incisos II e III), e traz a liberdade religiosa[133] como direito

---

[132] Cf. Constituição do Brasil de 1891.

[133] Art.113, inc.V: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes.As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil." Constituição Federal do Brasil.

individual (art. 113). Contudo, a liberdade religiosa nessa Constituição poderia ser limitada em função da ordem pública e dos bons costumes. Tais conceitos se prestaram a interpretações várias e só foram abandonados no texto constitucional de 1988. Outra inovação foi o fato de as associações religiosas passarem a ter personalidade jurídica regida pela lei civil.

A Constituição de 1937, outorgada durante um golpe de Estado, dispunha sobre a vedação de subvenção estatal a cultos religiosos e previa, em seu art.122, § 4.º, que "todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observada as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes." (CRFB, Art.122,§ 4º).

A Constituição de 1946, por sua vez, apesar de proibir de aliança entre o Estado e qualquer culto ou igreja, permite "a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo." (CRFB, Art. 31,inc. III). Trazendo, ainda, em seu artigo 141 a escusa de consciência e a garantia do direito à assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva .

Ao analisarmos as Constituições de 1967 e 1969, a inovação trazida no que diz respeito à proteção da liberdade religiosa nos textos constitucionais refere-se à proibição de qualquer discriminação em razão de credo religioso, evitando-se a segregação baseada na opção religiosa.

Após esse breve escorço histórico, podemos verificar que, embora a liberdade religiosa tenha sido protegida constitucionalmente desde o Império, isso não significa que esse direito foi protegido a contento pelo Estado. É de se concordar com Carvalho (2002, p.75) ao afirmar que: "dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia". Nesse contexto, o direito à liberdade religiosa não foge à regra, apresentando severas deficiências quando através de sua retrospectiva histórica, percebe-se que foi posta à margem de uma evolução social e legislativa que viesse a garanti-la de forma efetiva, e não apenas, como um direito a depender da discricionariedade estatal.

4.3 A tutela da Liberdade Religiosa na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu bojo não apenas o Estado Laico, mas também, a elevação da liberdade religiosa a categoria de direitos fundamentais que fazem parte do núcleo imodificável da Constituição Federal. Tal projeção foi fruto das lutas históricas travadas em torno da separação Estado e Igreja, sendo que a sua consolidação chegou ao ápice na consolidação do Brasil enquanto Estado neutro em relação as confissões religiosas, o que irá modificar, de sobremaneira, o pensamento da própria sociedade em relação à tolerância e o respeito à diversidade.

Apesar de termos uma sociedade civil desorganizada, resultando a Constituição de 1988, mais de um pacto entre as classes do que propriamente de uma luta por direitos clamados no bojo de revoltas populares, como ocorreu na Europa e nos Estados Unidos. O reconhecimento e aperfeiçoamento do conteúdo da liberdade religiosa no bojo da Constituinte de 1988 constitui-se em pré- requisito , no cenário internacional, para o próprio reconhecimento do Brasil enquanto país que respeita o pluralismo politico e a dignidade da pessoa humana, princípios norteadores da liberdade religiosa enquanto direito.

Para Mandeli e Amaral (2004, p.3) “ a liberdade religiosa, na Constituição Federal de 1988, induz ao respeito às pessoas e às suas crenças, independentemente da religião professada..” Nesse ínterim, apenas uma sociedade tolerante pode requerer para si o exercício pelo desse direito. Não é algo que surge do nada, mas do aperfeiçoamento da capacidade dos cidadãos de conviverem com as diversidades oriundas do foro intimo de cada um refletido na adoração elevada a seus deuses durante seus atos de culto. Essa diversidade em uma sociedade tolerante , como a brasileira, é visto como algo normal e que deve ser respeitado sem gerar reações ou discriminações odiosas.

Ao verificar-se as nuances que perpassam o direito a liberdade religiosa contido na Constituição Federal de 1988, o artigo 5ª, inciso VI utiliza-se de três expressões que compõem o conteúdo constitucional desse direito, quais sejam, a liberdade de crença que compreende ao direito público subjetivo que possui o

cidadão de crer ou não crer em determinada religião, conteúdo de foro intimo que abrange seu direito de escolha. A liberdade de culto e liturgia, que antes era permitida apenas para a religião católica, na atualidade abrange todas as religiões, as quais, possuem a proteção dos rituais de adoração, suas tradições, e também dos locais onde são realizados os cultos. Por fim, a liberdade de organização constitui-se em uma concessão estatal para que as igrejas possam estruturar-se em denominações.

Ao comentar acerca da liberdade religiosa no âmbito da Constituição Brasileira de 1988, o constitucionalista André Ramos Tavares (2007, p.55) assinala que:

> A Constituição brasileira de 1988 encetou a liberdade religiosa como dispositivo "autônomo[134]" [...] enquanto direito fundamental, há de incluir a liberdade : i) de opção em valores transcedentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita, iv) da liturgia(cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual;vi) dos locais de prática do culto;vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estaodo sobre suas convicções;viii) de não ser o indivíduo prejudicado,de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude da sua crença declarada.

Como se pode perceber, os direitos de primeira dimensão são alinhados à liberdade maior de consciência. Apesar de serem liberdades negativas, cumpre ao Estado empreender esforços e zelar para que haja condição estrutural propícia ao desenvolvimento pluralístico das convicções pessoais sobre religião e fé. Dessa forma, cada indivíduo possui livre arbítrio em matéria religiosa, estando incluso nessa garantia, logicamente, a não aderência a nenhuma conduta religiosa (ateísmo).

---

[134] Autônomo, aqui, no sentido de que não decorre, como poderia ocorrer, da liberdade de pensamento, apresentada em outro inciso do mesmo art.5º. O autor afirma que anteriormente , sem pretender ignorar a magnitude do tema, que, conceitualmente falando, "A liberdade de religião nada mais é que um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação"(TAVARES, 2007, p. 558).

CONCLUSÃO

O retrospecto em torno do surgimento e consolidação das liberdades demonstra a necessidade de adequação e renovação dos conceitos que devem estar adequados a cada momento social e histórico.Em um primeiro momento, a garantia de liberdade esteve associada a ideia de autonomia do individuo que pleiteava para si o poder de fazer suas escolhas.

Posteriormente, o direito das liberdades foram o cerne da maioria das revoluções liberais ocorridas entre os séculos XVII e XVIII. Reivindicavam o direito de expressão, livre manifestação, bem como, o poder de escolher ou não uma religião que não fosse a oficial legitimada pela figura do Estado.

Ao longo de sua trajetória enquanto direito de 1ª geração, a liberdade passou a evoluir em seu conceito, passando a pleitear não somente uma prestação negativa do Estado, mas também, políticas públicas eficazes que viessem a refletir o seu teor.

Partindo dessa realidade, Sen propõe um novo olhar sobre a liberdade chamando atenção para o fato de que o ser humano deve estar no centro de todas as atenções políticas e governamentais. Dessa forma, Sen incentiva a realização de discussões que aperfeiçoem a escala valorativa da sociedade fazendo com que haja organização e uma busca pela expansão das liberdades reais , quais sejam , liberdade econômica, política e social.

Nessa esfera, constitui-se em pressuposto para uma sociedade democrática, a liberdade para escolha dos seus governantes, a tolerância como ponto crucial na proteção de minorias, bem como, na tutela plena e efetiva da liberdade religiosa, e, por fim, a liberdade de mercado marcada pelo direito de escolha da mão –de – obra , e pela não manipulação tendenciosa do Estado nesse setor.

Surge em intrínseca relação com esse cenário, a liberdade religiosa que exige para sua plena tutela, a livre manifestação de pensamento, bem como, a liberdade de expressão, as quais, foram conseguidas à toque de espada nas perseguições religiosas ocorridas ao longo de décadas . Seja na amarga lição

oriunda do Holocausto, seja na discriminação e perseguição promovida no Irã contra a minoria Bahai, a certeza que permanece é que a liberdade religiosa permanece como marco divisor entre sociedades democráticas e opressoras.

Para tanto, a proteção e respeito a esse direito constitui-se em um símbolo de evolução no que emerge como fruto de um esforço social que traz em seu bojo o próprio ser do cidadão pro ativo e legitimo na esfera intima de fazer suas escolhas.

REFERÊNCIAS

Barral, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise.In___.(Org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005.p. 31-60;

BERNARDES, Cláudia de Cerjat. **Contornos da Liberdade Religiosa em um Estado Democrático de Direito: liberdade de crença, de conduta e de não aderência a nenhuma crença dentro de uma perspectiva constitucional**. Raízes Jurídicas. Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez. 2007;

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos: Campus, 1992;

COMPARATO,Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** VI edição.ed Saraiva,Curitiba.2008, p.125 ;

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. São Paulo:Record,1992,p.28;

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espirito**. 4.ed.Petropolis : Vozes, 1999;

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. Coimbra: Coimbra , 1996;

MANDELI, Maíra de Lima; AMARAL, Nelson Tibiriça. **Liberdade Religiosa**. São Paulo: 2004 ;

MATOS, Carlos Lopes de. **Vocabulário Filosófico**. São Paulo: Edições Leia, 1957;

MATOS, Nelson Juliano Cardoso.

MARSHALL, Paul; MALEK, Roman; HALFT; DENNISET et al. **Liberdade Religiosa em questão**. Cadernos Adenauer, v.4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, fevereiro 2005, p.9 HOFMEISTER, Wilhelm.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

NÚÑES, Celestino Pardo. **Religión y Política: uma perspectiva histórica de La liberdad religiosa**. In: Antonio Marzal. Libertad religiosa y derechos humanos. Barcelona: J. M. Bosch, Editor, 2004, p. 42.

TOMA,Victor Garcia. Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual. **Revista Peruana de Derecho Publico II**. Lima: Grijley: 2001, p. 35-48. Disponível em:< http://www.uladech.edu.pe/comunicado/victorgarcia.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2009;

SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Dornelles Mendes.São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN,Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. De Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 284-319;

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo.**Cidadania**.Jus Navigandi,Teresina, ano I,n.18, ago1997.Disponível em :http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=78.Acesso em 11 nov.2009,p.1;

SORIANO, Aldir Guedes. **O Direito à Liberdade Religiosa**. Correio Braziliense. Brasília, 08 nov. 2004, Caderno Direito & Justiça.

A LIBERDADE COMO NÚCLEO DO DESENVOLVIMENTO

Maurício Oliveira Amorim[135]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar e conceituar o desenvolvimento, tendo na liberdade o seu principal fator. Para tanto, será feito um demonstrativo das consequências possíveis quando um Estado busca promover o crescimento econômico sem valorizar a liberdade individual e coletiva. Serão apontadas as formas segundo as quais a liberdade pode atuar para garantir a democracia, assim como a ideia de que a própria democracia não sobrevive sem a liberdade substancial. Serão demonstrados conceitos que ajudam na compreensão das diversas formas de liberdade, e as maneiras como elas se relacionam entre si. Uma breve introdução da teoria da divisão dos poderes neste cenário também será efetuada. Por fim, será estudado o modelo no qual a liberdade é fim e meio para o desenvolvimento.
Palavras-chave: Desenvolvimento. Liberdade. Democracia

ABSTRACT: This article aims to analyze and conceptualize the development with freedom its primary factor. For both, there will be a demonstration of the possible consequences when a State seeks to promote economic growth without valuing the individual and collective freedom. The ways in which freedom can act to ensure democracy, as well as the idea that democracy itself can not survive without substantial freedom will be appointed. Concepts that help in understanding the various forms of freedom will be demonstrated, and the ways they relate to each other. A brief introduction of the theory of separation of powers in this scenario will also be performed. Finally, the model in which freedom is end and means for development will be studied.
Keywords: Development. Freedom. Democracy

INTRODUÇÃO

O Esforço no sentindo de desenvolver o Estado, as instituições e a sociedade, encontra um primeiro obstáculo – ou pelo menos um trecho de marcha obrigatória – na definição de desenvolvimento. E isso porque na ciência política não se pode apenas significar este conceito como mero sinônimo de crescimento; as consequências seriam indesejadas, além de imprecisas e falaciosas. Isso se deve à constatação de que o crescimento, sobremaneira o

---

[135] Especialista em Direito Constitucional (UNIDERP). Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça na Universidade Federal do Maranhão (UFMA). http://lattes.cnpq.br/5241588843368476

econômico, por vezes mostra muito, mas não aquilo que realmente importa para a ampliação dos indicadores mais relevantes.

Esta afirmação é decorrência direta do modelo que será aqui apresentado: desenvolver não se relaciona exclusivamente com ganhos materiais – apesar de obviamente ter neles um fator essencial. Para muito além, a doutrina básica de Amartya Sen reside na ampliação das liberdades coletivas e individuais.

Ou seja, qualquer aumento exponencial de indicadores sociais implementados pelas políticas públicas serão bem-vindos, desde que cumpram este fim precípuo. E esta ideia não se limita ao campo filosófico, ela se liga diretamente a uma ideia de sustentabilidade.

Como se demonstrará ao longo do estudo, a principal e mais vital fonte da democracia é a liberdade – formal e material. Quando se busca "fermentar" alguns bons fatores como emprego, infraestrutura e segurança, ao custo do sacrifício de liberdades mais essenciais, a tendência é que a sua manutenção não seja duradoura e sua estrutura não resista a crises.

Os governos são feitos para as pessoas, e como regra não pode haver a imposição de um bem maior que justifique a subtração dos direitos que primeiramente se buscou garantir ao delegar para o Estado a tutela social.

Neste sentido, será apresentada a ideia de democracia segundo os preceitos de liberdade, do mesmo modo como será demonstrado que as liberdades individuais influenciam as liberdades públicas e são por essas também determinadas, além de contribuírem mutuamente entre si.

O melhor compasso para se verificar se uma garantia está sendo concedida de modo a privilegiar o desenvolvimento, e não apenas como ferramenta de propaganda política, é a análise global e individual no sentido de estar ou não ela contribuindo para outras liberdades.

O desenho institucional preconizado por esta abordagem é aquele segundo o qual a liberdade se apresenta não apenas como meio, mas também como fim do desenvolvimento, como será demonstrado de maneira pormenorizada no estudo a seguir, e no qual as políticas públicas se guiem por

uma consciência de que o investimento no coletivo e no individual não são excludentes, mas faces de um objetivo indissociável.

DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE

De acordo com a análise inicial de Amartya Sen, as violações a direitos fundamentais básicos representam uma afronta direta à liberdade individual. Fomes coletivas e fome crônica, abuso contra liberdades políticas elementares são exemplos destas violações. A abordagem básica é no sentido de que a liberdade individual é central para todos os tipos de liberdades que possam ser instrumentalizadas no combate às citadas privações.

A expansão da liberdade é tida não apenas como fim, mas também o principal meio para o desenvolvimento. Portanto, "o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente". (SEN, 2008, p. 10)

As diversas formas de liberdade devem ser estudadas em conjunto, partindo-se do entendimento de que são inter-relacionadas e dependentes entre si. De fato, algumas das dualidades que se apresenta ao escolher entre umas e outras não resistem a um exame mais aprofundado, e a investigação pode demonstrar que a dicotomia sempre foi ilusória ou insustentável – talvez até com fim contrário ao anunciado pelos entusiastas. Algumas liberdades cruciais são: oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Na análise desta perspectiva, alguns elementos multifacetados podem ludibriar a percepção do pesquisador. Existem alguns elementos ou dados que, se não indissociáveis, contam com pelo menos inafastável importância para o desenvolvimento. Alguns deles são: o crescimento do produto interno bruto de um país, a sua industrialização, avanços tecnológicos e modernização da sociedade.

A ideia indesejável que por má fé ou ignorância se propaga é que ao investir nestes indicadores, está-se a promover o desenvolvimento. Por mais

atrativa que possa parecer esta compreensão, ela apresenta um vácuo lógico se mudarmos sensivelmente o ângulo de observação.

Se o desenvolvimento se presta a promover o aumento da liberdade, os esforços devem ser direcionados a esta condição, e não aos fatores que são meios ou caminhos para ela. Mas qual seria o problema na inversão desta ordem, se o produto final será o mesmo? (ou seja, o aumento da liberdade) A face oculta da questão se obscurece ainda mais quando se percebe que, de fato, crescimento econômico e tecnológico podem contribuir em grande escala para a ampliação da liberdade.

O problema é que, quando são tratados como fim, e não como formas de obtenção da liberdade, estes fatores podem ter sua atuação limada pela falta de outras liberdades maiores e mais graves, como a deficiência de democracia que impede a participação na vida pública ou a livre manifestação, insuficiência nos serviços de saúde e educação, etc. (SEN, 2008, p. 17)

Deste modo é não apenas possível, como facilmente detectável, a existência de nações ricas do ponto de vista econômico, desenvolvidas tecnologicamente, mas primitivas em conceitos indispensáveis para o desenvolvimento humano pessoal – jamais pelo que se tem, mas precisamente por aquilo que falta.

> Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, inter alia, desempenham um papel relevante no processo. (SEN, 2008, p. 18)

Para demonstrar de modo mais contundente: os importantes indicadores econômicos não podem ser moeda de troca dada por sistemas tirânicos ou corruptos em sacrifício de obrigações e liberdades indispensáveis. Quando o desenho institucional respeita as liberdades primeiras, que permitem à comunidade se livrar da fome, de doenças tratáveis e da violência, então, e

somente então, aqueles números do crescimento serão recebidos de forma salutar.

Vale ressaltar a inter-relação existente entre a liberdade individual e o desenvolvimento social. Os feitos que as pessoas conseguem efetivar e os objetivos que logram alcançar estão diretamente ligados às oportunidades econômicas, liberdade política e condições básicas como boa saúde e educação básica. As disposições institucionais que tornam possíveis essas condições são, por sua vez, influenciadas pelas liberdades das pessoas para participar das decisões públicas e escolha social.

> A capacidade do mecanismo de mercado de contribuir para o elevado crescimento econômico e o progresso econômico global tem sido ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre desenvolvimento. No entanto, serie um erro ver o mecanismo de mercado apenas como um derivativo. Como observou Adam Smith, a liberdade de troca e transação é ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas tem razão para valorizar. (SEN, 2008, p. 21)

Destaca-se, neste particular, que, não obstante a óbvia importância dos mecanismos de mercado para o desenvolvimento econômico, anterior a ela é a liberdade de troca entre as pessoas. A liberdade de entrar e participar de mercados pode ser considerada em si mesma uma contribuição significativa para o desenvolvimento, não importando o que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização. “A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social”. (SEN, 2008, p. 22)

Apontando mais uma vez na direção segundo a qual as liberdades se relacionam, é de bem notar que uma privação pode facilmente levar a outra, e pessoas submetidas a uma espécie de violação são os primeiros candidatos a serem também usurpados em outra seara. “A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”. (SEN, 2008, p. 23)

Um estudo que vise identificar as causas do cerceamento das liberdades e o modo de sua prevenção deve ter em conta que, para o desenvolvimento humano geral, indispensável é o triunfo da liberdade individual mediante as liberdades instrumentais, que se comunicam e apesar de conceitualmente diferentes, são empiricamente relacionadas.

O reconhecimento da ligação entre esses diferentes tipos de liberdade, ainda que de ordem prática, está no cerne do reconhecimento lógico da ideia de desenvolvimento aqui apresentada.

No que tange exclusivamente à riqueza, é necessário um cuidado redobrado no olhar tanto da perspectiva de quem promove as políticas públicas quanto de quem as recebe. É evidentemente desejável o aumento de renda (seja per capta, seja no Produto Interno Bruto). Mas se pararmos para analisar por que esse desejo é tão óbvio, nos depararíamos na seguinte situação: ninguém, ou praticamente ninguém, que realmente tenha essa necessidade de aumento (e não apenas a vontade) quer aumentar seus bens apenas para ostentá-los. O que se busca é a maior liberdade de se viver conforme seus próprios preceitos, circunstância indubitavelmente facilitada com a maior concentração de renda.

O problema, ou melhor, o dilema aqui encontrado é que, mesmo para esta melhora – que, repise-se, vai além dos ganhos materiais – existem circunstâncias alheias ao aumento monetário que definem a sua determinação. É dizer: enquanto meio, o crescimento econômico é influente e determinante, mas não definitivo quando se trata do macro desenvolvimento.

Neste sentido:

> É tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele. (SEN, 2008, p. 28)

Toda esta análise sobre a utilidade limitada das riquezas econômicas demonstra como podem ser errôneas as políticas que miram tão somente nelas,

negligenciando os aspectos que poderiam realmente fazer delas um ganho social sustentável.

É inadequado, ineficiente e mesmo irresponsável direcionar as forças e recursos propulsoras do crescimento para um indicador que, como já se insistiu diversas vezes, é um meio, jamais um fim, e que sem o direcionamento correto não trará retorno – ou talvez até traga, do ponto de vista meramente econômico, mas não humano, sendo mais uma vez inócuo (pela aplicação equivocada, vale lembrar). “Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”. (SEN, 2008, p. 29)

A verdadeira riqueza que o desenvolvimento proporciona passa em algum momento pela via econômica. Mas se ali estacionar, algo se perdeu no processo.

De todas as formas de privação da liberdade, a fome (em especial a fome generalizada ou coletiva) tem grande destaque por negar a condição básica da sobrevivência. Sendo ela a mais grave, o que geralmente se observa é que aqueles por ela afetados também encontram outras privações, como falta de atendimento médico, segurança, moradia, água tratada e etc.

DEMOCRACIA

Alguns chegam a defender o cerceamento de liberdades civis básicas e direitos políticos fundamentais sob o pretexto de que tal condição favoreceria o crescimento econômico, o que, a longo prazo, se reverteria para a própria população. O que a realidade demonstra é justamente o contrário. Não existem relatos de uma democracia funcional (seja ela economicamente rica ou relativamente pobre) que tenha sofrido os efeitos de fomes coletivas. (SEN, 2008, p. 30)

Este dado não se deve ao acaso. Governos totalitários, que não prestam contas à sociedade e tampouco se preocupam com eleição não encontram

motivos para evitar ou prevenir calamidades de qualquer natureza, pois seu poder e continuidade estão garantidos.

Neste particular o que se extrai é que a usurpação de uma categoria de liberdade sob o pretexto de satisfazer outra é meramente retórico. Afirmou-se no começo deste estudo que as diversas categorias de liberdade eram interligadas, tanto entre si como na relação entre individuais e coletivas. Se existe algum percalço na compreensão desta ideia do ponto de vista exclusivamente teórico, eis aqui uma demonstração fática de como ela ocorre: subtrai-se os direitos políticos do cidadão, ferindo a democracia com o falso intuito de crescer a economia, e esse mesmo desenho institucional disforme a médio e longo prazo trazem a tona os males anteriores renovados e potencializados.

Esta constatação apenas demonstra um dos pontos negativos da subtração das liberdades políticas e civis, mas jamais se deseja vincular estas consequências ao mal primário que a falta dessas prerrogativas fazem. Elas são bens indispensáveis em si mesmo. Ainda que se demonstre um modelo no qual o crescimento econômico realmente logrou êxito, tão injustificável quanto nos países pobres seria a medida. A falta destas liberdades impede que as pessoas possam se determinar enquanto indivíduos, quadro no qual nenhum indicador econômico parece ser contrapartida suficiente para justificar.

> Mesmo quando não falta segurança econômica adequada a pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos políticos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos). Como as liberdades políticas e civis são elementos constitutivos da liberdade humana, sua negação é, em si, uma deficiência. (SEN, 2008, p. 31)

A democracia não pode ser apresentada em bases limitadas, seja quanto à sua extensão – como no caso daqueles que afirmam ser ela essencialmente ocidental, sendo sua aplicação incabível a outras partes do planeta, mesmo por motivos culturais – seja quanto à aplicabilidade de suas bases; é dizer: a

instituição de uma versão mais "firme" de democracia (ou se preferir, de uma ditadura mais branda) equivale à sua usurpação total.

"A discussão pública racional, em suas variadas formas, tem tido uma longa história no mundo, e essas tradições em diversas culturas tornam difícil a visão da democracia como uma ideia essencialmente ocidental." (SEN e KLIKSBERG, 2010, p. 58)

Por mais que o exercício do voto seja importante a este modelo, não é apenas dela que se faz a democracia; na verdade, a racionalidade pública é o que dita o seu caráter, aí incluída a discussão pública e a participação interativa. Outros fatores são também igualmente indispensáveis quando se trata de uma democracia efetiva, e não apenas fantasiosa, tais como: acesso a informações relevantes, possibilidade de ouvir pontos de vista diferentes, debates públicos abertos, etc. (SEN e KLIKSBERG, 2010, p. 54)

DEMOCRACIA E CRESCIMENTO ECONÔMICO

Analisemos agora de forma mais profunda esta relação entre a democracia (ou a falta dela) e o crescimento econômico. Dois fatores devem ser aqui apontados quando se analisa a assertiva de que o regime democrático seria um entrave ao crescimento; um de ordem preparatória, e outra no tocante à legitimidade do argumento. Primeiramente, como já se afirmou, os direitos democráticos são elementos constitutivos do desenvolvimento, ou seja, não precisam de nenhuma justificação empírica para atestar sua validade e aplicabilidade; são um fim em si mesmo. Em segundo lugar, os dados que sustentam estas alegações, geralmente são baseados em um empirismo seletivo. Ou seja, observa-se apenas os dados que façam a análise parecer favorável, em um recorte temporal restrito, ignorando importantes efeitos que possam contradizer a tese principal. (SEN e KLIKSBERG, 2010, p. 59)

Outro fator não pode ser ignorado quando do manejo destes dados. A democracia confere segurança humana e dá poder político ao mais vulnerável, o que, além da voz da minoria e da oposição, carrega o titular do poder da responsabilidade de explicar os seus atos. Assim, não cabe mais de forma livre a

manipulação de dados estatais, e mesmo quando supostamente se tenha um indicador positivo, o governante não pode mais se valer de qualquer meio para justificar os fins, haja vista a necessária prestação de contas para aqueles a quem interessa não apenas o resultado, mas como se chegou até ele.

Uma forma bastante clara de se visualizar esta limitação das nações não democráticas é observá-las em tempos de crise. Enquanto há fartura, até mesmo os mais severos críticos de um sistema tendem a se emudecer. Os passos do governante são tidos como acertos, na medida em que a economia anda bem. Mas ao se instalar crises graves e duradouras, os efeitos daninhos se alastram de forma muito mais endêmica do que o fariam em uma democracia multipartidária funcional, pois neste desenho estatal dificilmente um estadista manteria o rumo errado sobre ataques na mídia, da oposição, de outros setores do governo, e, sobretudo, de uma opinião pública que fatalmente lhe tiraria do poder na próxima oportunidade.

Assim, preferível um crescimento lento e constante, que respeite as bases da democracia e da valorização das liberdades individuais, do que aquela "fermentação" artificial econômica, que pode em um momento ruir, expondo os males sistêmicos causados, e mesmo que não o faça, servem apenas para maquiar problemas estruturais ainda mais graves que a falta de riquezas materiais. Como se vem afirmando ao longo da tecelagem de um conceito equilibrado e responsável de desenvolvimento, este se utiliza obrigatoriamente da economia e do mercado, mas não pode e nem deve com ele ser confundido, seja da perspectiva do indivíduo, seja em relação às políticas públicas.

OBSERVAÇÕES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma questão se mostra essencial no estudo da utilização da liberdade como ideal central das políticas públicas no Estado de Direito: a separação dos poderes e sua real função. Fala-se desta forma, pois, fosse o poder público exercido por um único órgão a desempenhar todas as funções estatais, seria descabida a discussão a respeito da intervenção em maior ou menor grau de uma esfera de atuação em outra para frear abusos – ou as políticas seriam boas

ou seriam ruins, e ponto. Mas não é assim. E a divisão existente não tem apenas fins didáticos ou organizacionais para o Estado. A tripartição não existe apenas para uma mera comodidade, ou para melhor distribuição de competências. Para muito além, ela é baluarte da legalidade, princípio inaugurador e legitimador do Estado submetido ao império da lei como o conhecemos. Sem tal divisão, não teríamos propriamente uma República, mas outra forma de Estado qualquer. Sem nos aprofundarmos nas matrizes históricas do tema, cabe apontar brevemente que o sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu, dentre outras funções, tinha a finalidade principal de deter os impulsos autoritários do Poder. E esta contenção ocorre não por um órgão externo, mas pelo próprio Poder Estatal.

> A exigência de separação entre os diversos poderes, além de servir de garantia de aplicação prática do princípio da legalidade, torna-se uma condição essencial para a **defesa da liberdade**: se numa mesma pessoa ou num mesmo corpo de magistratura se reúne o poder legislativo e o poder executivo a liberdade estará perdida, o mesmo sucedendo se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do poder executivo. **A limitação dos poderes e a própria separação dos poderes surgem como instrumentos tendentes a garantir ou assegurar um objetivo nuclear: a liberdade dos cidadãos**. (OTERO, 2011, p. 48) (Grifo nosso)

Esta é, portanto, a finalidade precípua da separação: não colocar um Poder em posição inferior aos demais, mas garantir a liberdade calcada no respeito à legalidade. Tem-se, portanto "Um tal modelo de cooperação entre os vários Poderes do Estado, impedindo que um prevaleça sobre os demais [...] um princípio jurídico de paridade entre os Poderes do Estado" (OTERO, 2011, p. 49).

Não obstante estas considerações, o debate a respeito da legitimidade do controle de um poder sobre outro, e em especial do judiciário sobre o executivo sempre acendeu fervorosos debates e gerou descensos doutrinários e mesmo jurisprudenciais. A questão maior não é de índole técnica (sobre como efetuar tal controle), mas de cunho filosófico, já que a representatividade do poder eleito pode parecer maior e mais legítima – porquanto mais próxima do povo –

do que daquele advindo de outras formas de investidura, como no caso do judiciário. Neste sentido:

> Uno de lós quícios Del debate sobre El control judicial de La discrecionaridad ES que esse control debe respetar, em cualqier caso, subraya uma de lãs posiciones de este último debate, com resolución, El papel constitucional que AL Ejecutivo (o a lós administradores autonômicos o locales) reserva El sistema político. Esse respeto ES tanto más exigible cuanto que, en El Estado democrático y social de Derecho em que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentam uma legimimación popular, han sido colocados em SUS puestos por El voto y com La confianza Del pueblo para que gestionen sus intereses, ló que hacen em su nombre (ENTERRÍA, 2009, p. 49).

Pela forma natural de atuação do Poder Executivo, a ele cabe a concretização do que fora anteriormente fixado pelo Legislativo em sua atividade típica. Ao judiciário, a solução dos conflitos envolvendo a aplicação da lei, em substituição às partes.

Para uma completa compreensão das Políticas Públicas de um Estado, e como estas influenciarão o destino social e a vida de seus cidadãos, deve-se primeiramente entender quais os fins do Estado. Antes ainda desta constatação, é de bem ressaltar que "fim" e "função" são conceitos distintos, sendo que aquele revela os motivos que justificam a existência do Estado, e esta os meios perpetrados para se atingir os fins determinados. Podemos aceitar que o fim do Estado é de fato "o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja o conjunto de todas as condições de vida social que consistam no desenvolvimento integral da personalidade humana e o favoreçam" (LIBERATI, 2013, p. 27).

Uma primeira constatação já salta aos olhos: salvo raríssimos pontos de consenso universal, não se está a tratar aqui de verdades absolutas, que devam ser implementadas em qualquer lugar e a qualquer tempo. O fim de um Estado pode (e vai) variar de acordo com a civilização em estudo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assinala que existe uma fundamental diferença que qualifica a finalidade do Estado: ele busca o bem comum de um determinado povo, situado em território específico. Acrescenta ainda que esta busca do bem comum

envolve "o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o **desenvolvimento integral da personalidade humana**". Portanto, o desenvolvimento integral da personalidade dessa mesma comunidade é que deve ser o seu objetivo; sendo, portanto o que determina a concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades representadas por cada povo (DALLARI, 1998, p. 107).

Especificamente no caso do Brasil, podemos assumir de forma direta e clara quais os fins do Estado, pois a Constituição de 1998 (de forma inédita) em seu artigo 3º delineou quais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

> A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro: construir uma **sociedade livre**, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2008, p. 106)

Ora, percebe-se de forma indubitável, que estes fins não são apenas recursos retóricos ou criações doutrinárias. Para afastar qualquer dúvida sobre a sua importância, e a extensão de sua imponência, o legislador constituinte não apenas incluiu os objetivos de forma expressa na Constituição, como os erigiu à categoria de *fundamentais* à República. Em eventuais celeumas que podem ocorrer (e de fato ocorrem), não será necessária uma interpretação inventiva para se demonstrar a sua concretude. E não serão leis infraconstitucionais ou tecnicismos que deverão afastar a incidências de tais objetivos.

Importante ressaltar que estes fins, delineados na Carta, apontam para o mesmo objetivo: a proteção à dignidade da pessoa humana – esta situada em patamar mais elevado, de *fundamento do Estado Democrático de Direito*, conforme se extrai do art. 1º da CF/88.

> Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida "concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, **o desenvolvimento da pessoa** e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2008, p. 105) (Grifo Nosso)

Cabe neste momento uma breve anotação a respeito do chamado "mínimo existencial". É que nem toda ação estatal pode ser taxada de indispensável, não obstante a sua importância no plano macro da política econômica e da vida social. Existe aquilo sem o qual todo o mais rui, haja vista a absoluta prioridade de determinados institutos. Neste sentido:

> Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele represente uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo [...]
>
> Na CF/88, além de a definição dos direitos sociais estar devidamente feita, a regra do art. 5º, §1º, impõe a aplicação imediata deles, sendo, pois, inexorável encontrar formas para determinar a produção de efeitos, bem como para apurar eventual núcleo essencial (SAMPAIO, 2013, p. 222 e 223).

Na concepção de Luís Roberto Barroso (2009, p. 179), este mínimo significa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade, para qualquer pessoa. Essa expressão identifica, portanto, um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais como

um todo. Mesmo com alguma variação, há um razoável consenso em incluir neste rol uma renda mínima, saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça (SAMPAIO, 2009, p. 225).

Por não ser objeto do presente estudo, não nos aprofundaremos nas várias teorias e críticas a respeito do mínimo existencial, bastando a ressalva de que, se dentre os vários entendimentos a respeito do que ele seja existe algum consenso intangível, é nele que reside a inescapável obrigação do Poder Público mediante suas políticas específicas.

DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

Ingresse-se neste momento em uma análise interna da liberdade como espinha dorsal do desenvolvimento. O papel essencial da política pública se apresenta como elemento maximizador da liberdade dos indivíduos, no sentido de permitir-lhes o aumento da sua capacidade de determinação pessoal, ou seja, de levar a vida que valorizam.

Nesta mesma via, mas em uma vertente oposta, temos que o uso efetivo dessas capacidades individuais podem direcionar os rumos das políticas. Então, partindo-se deste ponto, todo ideal desenvolvimentista que tenha como fito não intermediário, mas final, o aumento desta capacidade, estará de acordo com a análise conceitual aqui apresentada. (SEN, 2008, p. 30)

Ou seja, a fórmula apropriada tem conta que determinado investimento em "A" ou "B" não será prejudicial ou salutar em si mesmo, mas além do respeito à logística, a estrutura deve encaminhar os resultados para o aumento desta potencialidade individual de determinação.

> Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos. Ambas as coisas são relevantes para a avaliação da liberdade dos membros da sociedade e, portanto, cruciais para a avaliação do desenvolvimento da sociedade [...] A segunda razão para considerar tão crucial a liberdade substantiva é que a liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das

> pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento. (SEN, 2008, p. 33)

Trata-se aqui do que podemos chamar de “aspecto da condição de agente” do indivíduo. Em uma análise mais resumida, a colocação do termo “agente” deve ser entendida não como nas teorias econômicas, na qual este representa os interesses de um “mandante”, mas como um sujeito que age por si, ocasionando mudanças e realizações de sua própria alçada.

Este reconhecimento é imprescindível, pois faz toda a diferença quando da análise de políticas públicas; seja quando governantes tentam direcionar suas decisões a determinado “público-alvo”, seja quando se tenta desvincular a atuação do governo da fiscalização e rejeição da sociedade. (SEN, 2008, p. 34)

Nota-se, desde logo, que sem o efetivo investimento na liberdade individual, é difícil não apenas o exercício da cidadania, como a própria caracterização do indivíduo como cidadão, pois quem não pode se determinar, menos ainda pode ambicionar guiar os rumos da comunidade onde vive. E mesmo em se falando sobre via de mão dupla, é explícito que a ordem de liberdade deve começar pelas pessoas, pois é possível, e até simples a simulação de uma liberdade formal; mas sem a contrapartida individual ela tende a ruir.

Pontos de vista

Duas visões gerais sobre o desenvolvimento perpassam o debate político e econômico nos fóruns que cuidam desta temática. Uma delas, de “linha dura”, considera que para um bem maior, existem medidas austeras que devem ser tomadas, por pior que seja o gosto para o paladar popular. Evita-se, assim, menções a redes de segurança social para os muito pobres, serviços sociais para a população, e a concessão de direitos políticos e civis e outros “luxos” da democracia. Tais elementos são considerados momentaneamente superfulos, e guardados para momentos posteriores, quando o desenvolvimento houver alcançado o status planejado anteriormente. (SEN, 2008, p. 51)

As diversas teorias que compartilham esta visão divergem entre si apenas quanto a quais direitos ou "benefícios" devem ser sacrificados em prol do crescimento comum, seja na seara econômica ou política; podendo ser dos programas sociais à ajuda aos mais pobres.

O entendimento que vai de encontro a esta filosofia é aquele segundo o qual o desenvolvimento não pode representar perdas dramáticas para nenhuma das partes. Monta-se uma rede de proteção na qual para cada retirada existe uma compensação mais ou menos equivalente, mediante a segurança social, as liberdades políticas e o desenvolvimento social.

A teoria aqui apresentada se coaduna de forma muito mais clara com a segunda das perspectivas apresentadas. Deste modo:

> Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada (1) o fim primordial e (2) o principal meio do desenvolvimento. Podemos chamá-los, respectivamente, "o papel constitutivo" e o "papel instrumental" da liberdade no desenvolvimento. O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração. (SEN, 2008, p. 52)

Aqui está a chave para a compreensão do processo de desenvolvimento tendo a liberdade como parte integrante ou constitutivo: mesmo que haja ganho em outros ótimos aspectos, que qualquer pessoa tem boas razões para valorizar, como a riqueza material, ou mesmo a saúde, não haverá o desenvolvimento pleno se a ele faltar a liberdade de expressão, direito de voto e deliberação pública etc. Pois estes não são apenas elementos - eles compõem o próprio núcleo intangível do conceito de desenvolvimento.

E para que não se perca a ideia em meio ao processo: a liberdade é sim, também, um instrumento importante para o progresso coletivo e econômico.

Mas isso não retira, de modo algum, a sua essencialidade no papel de fim primordial do desenvolvimento.

Destaquemos agora alguns exemplos de liberdades instrumentais que podem vir a ser úteis no estudo mais aprofundado do desenvolvimento na perspectiva aqui apresentada. Frise-se que, além de contribuir para que as pessoas tenham uma capacidade maior de viver como imaginam ser melhor, elas também podem e devem potencializar umas em relação às outras.

Liberdade Política – diz respeito ao sentido mais abrangente da democracia, com o povo podendo escolher quem o governa, com base em que princípios, com a possibilidade real de fiscalização das autoridades, críticas ao poder sem retaliações, imprensa sem censura e liberdade de opinião.

Facilidades econômicas – são as oportunidades de uso dos recursos econômicos para fins de consumo, produção e troca. O funcionamento do mercado influenciará marcantemente o modo como os agentes econômicos, sejam eles grupos empresariais ou pessoas individuais, fazem uso de seus recursos.

Oportunidades sociais – são disposições em áreas fundamentais como a saúde, educação etc. Nesta categoria de liberdade é facilmente observada a influência sobre as demais, pois deficiências existenciais básicas como saúde podem afetar a capacidade de participação na vida política; e o mercado globalizado exclui ferozmente aqueles com déficit educacional além do permitido para cada setor.

> Por exemplo, o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade (uma exigência sempre crescente no comércio globalizado). De modo semelhante, a participação política pode ser tolhida pela incapacidade de ler jornais ou de comunicar-se por escrito com outros indivíduos envolvidos em atividades políticas. (SEN, 2008, p. 56)

Garantias de transparência – trata-se da necessidade básica de qualquer interação social com base na confiança e clareza nas relações. A esfera política não é diferente, e uma vez quebrado este vínculo, todo o molde social pode

estagnar. Esta garantia, que inclui a revelação, tem papel fundamental no combate à corrupção, irresponsabilidade financeira e transações ilícitas. Como parte das liberdades instrumentais, as prestações de conta típicas e salutares à democracia são modos de efetivação desta categoria.

Segurança protetora – independentemente do modelo econômico adotado por um Estado, fatores imprevisíveis e/ou incontroláveis podem impor privações insuportáveis às pessoas. Deste modo, uma rede de segurança é necessária, de modo a impedir que a população seja arrastada para a condição de miséria, ou mesmo de fome extrema e morte. As medidas incluem benefício aos desempregados, bem como medidas pontuais em casos extremos como distribuição de alimentos em situações de fome endêmica e generalizada.

O tratamento empírico da matéria, se o desejado for de fato um planejamento para o desenvolvimento, exige o conhecimento da interligação dessas liberdades elencadas e de outras. Ou seja, não basta o entendimento de que elas existem, de que são importantes para o crescimento, e nem mesmo que em algum ponto da vida elas se entrelaçam. Deve-se entender, como, porque, e mesmo a maneira correta de provocar esta relação, que nem sempre é natural.

É certo colocar desta maneira, pois quando se apresenta o conceito de que as liberdades individuais são indispensáveis para o desenvolvimento social, adicionando-se o ingrediente de que elas se relacionam, pode-se ter a sensação de que o investimento em uma categoria inevitavelmente fará florescer as demais. Isso nem sempre é verdade.

Tome-se, por exemplo, a saúde. Fator indiscutivelmente importante, ou melhor, imprescindível para o aumento da capacidade individual. E, além disso, sem dúvida exerce influência nas outras esferas, pois o indivíduo saudável tem mais condições de aumentar sua participação política e econômica etc. Mas, daí não se pode concluir, de maneira alguma, que este investimento terá reflexos relevantes na educação ou na segurança, a título de demonstração.

Já o crescimento econômico, se devidamente guiado, pode ajudar o Estado a implementar outras políticas de segurança social protetora, havendo a um só tempo um benefício duplo à comunidade. Observe-se que, neste

particular, o aumento de renda (não apenas individual, mas também estatal) não seria um fator dissimulador, como se preveniu anteriormente ao tratar-se dos problemas envolvendo a falta de democracia.

> O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de seguridade social) que o crescimento econômico pode possibilitar. (SEN, 2008, p. 57)

Igualmente, e por outro lado, pode haver criação de oportunidades sociais como consequência da educação pública, prestação de serviços de saúde, imprensa livre etc.; contribuindo de forma decisiva para o desenvolvimento econômico e reduzindo a taxa de mortalidade.

Existe uma forma de observar o fenômeno do crescimento que muitas vezes é ignorado: o investimento no crescimento humano (educação e saúde, primordialmente), mesmo quando não é imediatamente revestido em ganhos econômicos para a nação, prepara o espaço de forma a tornar o desenvolvimento não sazonal e flutuante, mas amplo, duradouro e abrangente, quando este de fato acontecer, tal como se ocorreu no chamado “milagre do Leste asiático”, em especial no Japão. (SEN, 2008, p. 58)

CONCLUSÃO

Muito esforço se faz para que as sociedades alcancem o sonhado desenvolvimento. Tanto o é que um dos meridianos políticos que divide as nações é justamente aquele que as taxam de “desenvolvidas” e “subdesenvolvidas” (havendo uma espécie de terceira categoria para aqueles industrializados, mas socialmente deficientes: “em desenvolvimento”).

A primeira confusão teórica que se apresenta, antes mesmo de se adentrar no esforço desenvolvimentista diz respeito ao anacronismo e não adequação regional que o conceito do termo desenvolvimento trás consigo.

Muitas nações, sobremaneira as Europeias, o Japão e os Estados Unidos, passaram por um processo agressivo de crescimento econômico decorrente da industrialização – ocorrida marcantemente nas "Revoluções Industriais". Este fato criou uma falsa percepção de que havia identidade entre o desenvolvimento humano e o crescimento econômico.

Como se afirmou de forma insistente durante este estudo, esta associação não pode ser feita em hipótese alguma. E com isso não se quer dizer que o ganho econômico das nações nada tenha que ver com seu desenvolvimento. Tem, e muito. Mas o erro que é cometido por estudiosos e principalmente por governantes em todo o mundo, é assumir que o investimento na economia pode, por si só, resolver todas as mazelas sociais. Não podem.

Em verdade, por mais bem intencionada que se mostre a ação governamental, não existe nenhum indicador que, por si só, desenvolva um povo. Nem mesmo a educação e a saúde, "estrelas" sempre presentes nos debates sobre políticas públicas. Nenhum.

E isso por que, como se demonstrou, todos estes fatores são meios para o desenvolvimento; importantes, essenciais, fundamentais. Mas ainda assim, meios. O fim (e também um meio) para o desenvolvimento deve ser a ampliação da liberdade individual e coletiva. A liberdade que pode conceder às pessoas o controle para determinar suas próprias vidas, sem a brutal interferência de privações externas que possam lhe subtrair as garantias existenciais em uma democracia.

A linha que separa uma ação realmente desenvolvimentista de uma farsa ditatorial é muito tênue, e por vezes de árdua compreensão, porque aos olhos do mundo o que ambos os governos fazem é exatamente igual: investir nas políticas públicas que possam remover as privações da vida das pessoas.

A fórmula mais simples para se diferenciar os dois modos de agir reside exatamente na detecção de em qual conta se tem a liberdade. O desenvolvimento aqui defendido não barganha direitos essenciais em troca de ganhos para os cidadãos. Não penhora a liberdade individual em nome de um

bem comum. E por isso mesmo é mais duradouro, não se abalando por crises institucionais sazonais.

A liberdade é, portanto, o elemento empírico e filosófico que garante que os investimentos governamentais para o desenvolvimento social não surrupiem das pessoas o que há de mais caro em termos de dignidade e justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García. Democracia, Jueces y Control de La Administración. 6ª Edición. España: Thomson Civitas, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à judicialidade. – 2ª reimp. Editora Almedina, 2011.

SAMPAIO, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA. José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32ª edição. Malheiros Editores. 2008.

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA.

Diego Ferreira de Oliveira[136]

Ney Bello de Barros Filho[137]

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a participação social no Sistema de Justiça a partir da concepção da teoria do discurso e do agir comunicativo propostas por Jürgen Habermas. A abordagem se fundamentará ainda no estudo dos aspectos centrais da obra "*A inclusão do outro: estudos de teoria política*", de Habermas. Em um segundo momento, o estudo se concentrará na análise da necessidade de criação de canais de diálogos entre o Sistema de Justiça e a sociedade, bem como no caráter emancipatório da participação social.
PALAVRAS – CHAVES: Habermas, participação social, emancipação, Sistema de Justiça.

ABSTRACT: This article aims to analyze the social participation in the justice system from the design and the discourse theory of communicative action proposed by Jürgen Habermas. The approach also build on the study of the central aspects of "*The inclusion of the other: studies in political theory*", Habermas. In a second step, the study will focus on the analysis of the necessity of creating dialogues between the justice system and society channels as well as the emancipatory nature of social participation.
KEY - WORDS: Habermas, social participation, empowerment, Justice System.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo trata da discussão sobre a necessidade de democratização do Sistema de Justiça, mediante uma maior participação social nas Instituições que o compõem. Nesse sentido, busca-se com este texto iniciar uma discussão sobre abertura do Sistema de Justiça para a participação da

---

[136] Defensor Público Estadual. Especialista em Direito Processo Civil. Aluno do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. (http://lattes.cnpq.br/8114358299762207)

[137] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

sociedade civil, de modo a contribuir para uma maior emancipação dos cidadãos.

Para tanto, o estudo teve por marco teórico as características da situação ideal de fala apresentadas na teoria do discurso e do agir comunicativo desenvolvidas por Jürgen Habermas, assim como, a concepção de democracia apresentada em sua obra "*A inclusão do outro: estudos de teoria política*". Neste momento, serão desenvolvidas as bases teóricas que possibilitarão a discussão acerca da necessidade de democratização no Sistema de Justiça, e da utilização da participação social para tal desiderato. A discussão se cingirá ainda sobre a análise do caráter emancipatório da participação social, tendo por norte as obras de Habermas e Boaventura de Sousa Santos.

Nesse sentido, o presente texto tem por objetivo contribuir para a discussão acerca da necessidade de uma maior participação social no Sistema de Justiça, de modo a proporcionar uma maior democratização das Instituições que o compõem.

1. A SITUAÇÃO IDEAL DE FALA E O AGIR COMUNICATIVO EM HABERMAS.

Habermas ao apresentar sua teoria consensual da verdade[138], pressupõe certas condições que possam fundamentar o discurso, que são as características da situação ideal de fala.

A priori, é importante destacar que segundo a teoria consensual proposta, inicialmente, por Habermas, o acordo potencial de todos é a condição

---

[138] Segundo Reese-Schäfer (2012, p. 22), " *a base filosófica para compreender Habermas é sua teoria da verdade em dois níveis. Ele a desenvolveu em várias etapas de trabalho. Trata-se de uma teoria de consenso da verdade. Contudo, não basta um consenso dos momentaneamente presentes. É necessário, especialmente, um consenso geral dos racionais que, em caso extremo, inclui também a comunidade científica ilimitada no futuro. Para além disso, em sua obra conclusiva sobre a teoria da verdade, Wahrheit und Rechtfertigung, Habermas reconheceu de modo autocrítico haver reduzido demasiadamente o conceito de verdade à assertividade racional. Contudo, o conceito, assim, como o empregamos, contém sempre também uma indicação imperdível para além do estado atual do conhecimento. Este conteúdo semântico excedente, em última análise, não pode ser removido nem por meio de uma teoria da verdade pragmática. Em sua obra tardia Habermas reaproximou-se mais fortemente da concepção da filosofia clássica"*

tanto para a verdade de uma proposição não normativa quanto para a correção de uma proposição normativa. Este autor afirma que apenas um *consenso fundado* (ou fundamentado) pode servir como critério de verdade. Para tanto, ele explica que o sentido de verdade não está no fato de que algum consenso seja atingido, mas antes disso: que qualquer hora e em qualquer lugar, se entrarmos num discurso, pode ser obtido um consenso sob certas condições que o tornem um consenso fundado. Portanto, um consenso fundamentado é um consenso que se funda na força do melhor argumento. (ALEXY, 2013)

Habermas entende que para se obter um consenso num processo comunicativo é necessária uma situação ideal de fala, que pode ser considerada como uma condição da argumentação discursiva, pois induz uma distribuição simétrica de chances de escolha e de realização de atos de fala. Ademais, na situação ideal de fala não existe nenhum elemento de coação a não ser a coação do melhor argumento.

Habermas afirma que uma situação de fala é ideal quando a comunicação não pode ser impedida nem por aspectos contingentes externos, nem por atos de coações internos ao próprio processo comunicacional. Sendo assim, a comunicação para ser livre de coações necessita de uma distribuição simétrica de oportunidades para todos decidirem e efetuarem atos de fala. Diante dessa exigência geral de simetria, Habermas deriva quatro condições correspondentes às quatro classes de atos de falas diferenciadas por ele. (ALEXY, 2013)

1. Todos os participantes potenciais em um discurso devem ter igual oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de modo que a qualquer momento possam tanto iniciar um discurso como perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e repostas.
2. Todos os participantes no discurso devem ter igual oportunidade de formular interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificativas, e de problematizar, fundamentar ou refutar sua pretensão de validade, de modo que nenhum prejulgamento se subtraia a longo prazo da tematização e da crítica. [...]
3. Para o discurso admitem-se apenas falantes que, como agentes, tenham oportunidades iguais de empregar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas posições, sentimentos e desejos. Pois somente a concordância recíproca dos universos de expressão individual e a simetria complementar entre proximidade e distância nos contextos de

> ação garantem que os agentes, também como participantes no discurso, sejam também verídicos uns com os outros e tornem transparente sua natureza interior.
>
> 4. Para o discurso só se admitem falantes que, como agentes, tenham a mesma oportunidade de empregar atos de fala reguladores, isto é, de mandar e opor-se, de permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de prestar e pedir contas. Pois somente a reciprocidade plena das expectativas de comportamento, que excluem privilégios no sentido de normas de ação e valoração que só obriguem unilateralmente, podem garantir que a distribuição formal uniforme das oportunidades de iniciar e continuar uma discussão, seja empregada também faticamente para deixar em suspenso as coações da realidade e passar para a dimensão comunicativa do discurso, dimensão livre da experiência e desobrigada da ação. (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 24-25)

Alexy (2013) destaca que as duas primeiras condições estão ligadas diretamente com o discurso, enquanto as duas últimas se relacionam mais com o enquadramento do discurso em contextos de ação. Ele chama atenção para fato, também, que essas duas últimas condições demonstram claramente o fato de que a concretização de uma situação ideal de fala necessita da realização da abertura na vida cotidiana, bem como a conquista da liberdade de ação.

Da análise das exigências da situação ideal de fala proposta por Habermas, pode-se entender que ela é caracterizada por condições formais de justiça processual, que pressupõem ausência de coação interna e externa na exposição da argumentação racionalmente fundada dos envolvidos, com igual oportunidades para todos de argumentar e rebater argumentos, na expectativa do acordo. Na situação ideal de fala exige-se, também, a interação entre os falantes, com liberdade de crítica e independente das pressões quotidianas que buscam o êxito, de modo a possibilitar o mútuo reconhecimento de sinceridade e responsabilidade racional nas reivindicações de validade.

Uma das críticas mais frequentes relacionadas à situação ideal de fala, seja que ela é irrealizável. Sobre essa questão, o próprio Habermas reconhece que ela é excluída pelas limitações espaço-temporais do processo de comunicação e pelas limitações psicológicas dos participantes do discurso. Contudo, Habermas rebate as alegações sobre a incerteza, sobre a concretização ou não da situação de fala, ao apresentar sua teoria do caráter contrafactual da

situação ideal de fala. Por ela, Habermas afirma que a situação ideal de fala não é um fenômeno empírico nem um mero artifício, mas uma inevitável presunção recíproca adotada no discurso. Portanto, antecipação da concretização da situação ideal de fala representa uma garantia de que se pode unir a um consenso faticamente atingido a pretensão de um consenso racional; ao mesmo tempo, é um critério crítico com que se pode avaliar e comprovar qualquer consenso alcançado faticamente, de modo a questionar se este é ou não um indicador suficiente para um consenso fundamentado. (ALEXY, 2013)

Para o presente estudo, mostra-se relevante também a teoria da ação comunicativa apresentada por Jürgen Habermas. Por meio dela, ele objetiva explicar como é possível o fenômeno social da integração, ou seja, da coordenação de planos de ação de vários autores. Nesse sentido, Habermas (2012, p. 36) afirma que: "*Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários autores, de tal modo que as ações de um partido possam ser 'engatadas' nas do outro?* ". Deste modo, o agir comunicativo pode ser entendido como

> A ação comunicativa é aquele tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos planos de ação das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, de um entendimento entre as partes, obtido através da linguagem. Em oposição a esse tipo de ação distinguem-se a ação estratégica e a instrumental. Esses dois últimos tipos se caracterizam pelo fato de os autores, isto é, as pessoas envolvidas na ação, buscarem antes de tudo o sucesso, a realização do fim desejado. Assim, pode-se dizer que, se tais formas de ação são racionais, sua racionalidade está centrada na idéia da eficácia dos meios utilizados para a obtenção da finalidade. Dizemos então que se trata de ações racionais com respeito a fins. O que diferencia a ação instrumental e a estratégia é que na primeira se busca realizar intervenções técnicas nos estados de coisas e nos acontecimentos, enquanto na segunda está em jogo a influência dos autores uns sobre os outros, ou seja, as medidas, calculadas e escolhidas por cada parte isoladamente, para influenciar a decisão da outra parte. Vê-se que somente as ações comunicativas e as estratégias são ações propriamente sociais. (NOBRE; TERRA, 2008, p. 57)

Habermas (2012) compreende que o agir comunicativo emprega a linguagem orientada pelo entendimento, o qual é orientado pelos participantes

em um agir comunicativo, em que são apresentadas pretensões de validade para atos de fala, que podem obter adesão ou, em caso de divergência, estas deverão ser consideradas pelos participantes de comum acordo no decorrer da interação. Portanto, um participante, com sua pretensão de validade, deve estar aberto à possibilidade de recuar dessa pretensão se houverem razões mais adequadas, pois todas as pretensões de validade são sujeitas a críticas.

Tendo em vista que o conceito de ação comunicativa parecia estar talhado antes para a desintegração social, do que para a explicação da integração social, já que o agir comunicativo estava calcado em um processo de discussão em que nada pode exigir validade inquestionável. Habermas apresenta o conceito de mundo da vida de modo a solucionar tal imbróglio. Para Habermas (2012, p. 41)

> Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder.

Nesse sentido, "o mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo, reproduzido por meio da ação comunicativa, de tradições culturais entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais". (HABERMAS, 2012, p. 42)

Da análise desse conceito sociológico de mundo da vida apresentado por Habermas, distinguem-se três componentes estruturais gerais, são eles: a cultura, compreendida como o acervo de saber a que os atores utilizam como fonte de interpretações; a sociedade, que seria entendida no sentido estrito de conjunto de ordens consideradas legítimas a partir das quais se criam solidariedades; e a personalidade, representada pelo conjunto de competências adquiridas em processos de aprendizagem, as quais possibilitam construir a identidade pessoal em processos de interação. Habermas destaca que ao mesmo tempo em que esses elementos estruturais são utilizados como recursos nos processos comunicativos cotidianos, estes mesmos processos os reproduzem, introduzindo eventualmente mudanças e novidades, o que consistiria a reprodução simbólica do mundo da vida. (NOBRE; TERRA, 2008)

É possível observar que o conceito de mundo da vida contribui para solucionar o problema da integração social, a medida que complementa a teoria do agir comunicativo, ao comprovar que os processos comunicativos não partem de um grau zero cultural e social ou que possam chegar a algo dessa natureza. Portanto, as interações comunicativas estão sempre integradas no interior da sociedade, compreendida no sentido amplo de mundo da vida organizado simbolicamente, de cujos elementos os atores não podem dispor livremente; pois, eles mesmos são produtos de tradições culturais, de grupos a que pertencem, de processos de socialização e aprendizagem a que estão submetidos. (NOBRE; TERRA, 2008)

Habermas (2012) entende a sociedade simultaneamente como mundo da vida e sistema[139]. Ele destaca que no processo de evolução social, a racionalização do mundo da vida conquista cada vez mais espaço, implicando na crescente demanda de mecanismos linguísticos calcados no entendimento. Entretanto, esses ficam sobrecarregados, que somados ao aumento da diferenciação sistêmica deixa um espaço em aberto, que foi ocupado pelos mecanismos não linguísticos, tais como o dinheiro, o poder e a burocracia, que começaram a ditar as ações, colocando em segundo plano os processos comunicativos.

Com isto, há um distanciamento entre o mundo da vida e o sistema, em virtude do dinheiro e poder, consubstanciados pelos subsistemas da economia e do estado, que não integram o mundo da vida. Tais subsistemas contribuem para a formação da ação social formalmente organizada, abandonando os mecanismos de entendimento mútuo. Habermas denomina esse processo como colonização do mundo da vida, que gera patologias. (Reese-Schäfer, 2012)

Habermas compreende, assim, que racionalidade econômica e burocrática do sistema avança crescentemente nas esferas do mundo da vida, colonizando-as e ocasionando, deste modo, a perdas de liberdade e de sentido. Habermas então propõe a descolonização do mundo da vida, através de uma

[139] O sistema é representado por mecanismos auto regulados, como o mercado ou a burocracia. Quando esses imperativos dominam as esferas públicas e privadas, ocorre o processo que é descrito por Habermas como colonização do mundo da vida. (Reese-Schäfer, 2012, p. 56)

desregulamentação e desmonetarização de suas estruturas. Para tanto, ele defende que o agir comunicativo deve contrarrestar esse fenômeno (colonização do mundo da vida) criando oportunidades de entendimento num sentido amplo, não restritivo.

2. A TEORIA DA INCLUSÃO DO OUTRO.

Na sua obra "*A inclusão do outro: estudos de teoria política*", Habermas realiza um aprofundamento da temática já tratada no seu livro "*Direito e democracia: entre facticidade e validade*". Nela, este autor destaca em sua análise, uma tentativa de impedir que a identidade coletiva se torne um mecanismo de exclusão do diferente. A medida que tal exclusão se dá por meio de uma vontade consciente de homogeneidade social e que provoca a marginalização interna de grupos sociais inteiros. Nesse sentido, Habermas (2002, p. 164) afirma

> O problema também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando igualdade de direitos. Isso tange questões políticas, que tocam o auto – entendimento ético e a identidade dos cidadãos. Nessas matérias, as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regras da maioria. O princípio majoritário chega aqui a seu limite, porque a composição contingente do conjunto dos cidadãos condiciona os resultados de um processo aparentemente neutro.

Diante de tal fato apresentado por Habermas, ele defende sua proposta contra a exclusão sistemática, representada pela defesa de que a política própria da democracia deve ser dirigida na direção da "*inclusão do outro*". Sendo que tal inclusão deverá promover a autonomia da procedência cultural de cada qual e os canais de comunicação com a comunidade política que devem permanecer sempre abertos. Em seu raciocínio, ele explica que a condição para a realização de tal fato é que, no maior grau possível, as instituições públicas se dispam de conotações morais densas e passem a adotar integralmente os procedimentos do direito moderno. Isto porque, para Habermas somente este tipo de reforma

judiciária torna factível o estabelecimento de relações de respeito mútuo entre sujeitos distintos e até estranhos entre si. (HABERMAS, 2002)

Com isto Habermas destaca a importância da participação do cidadão frente à legitimação do Direito, conforme se vê do seguinte trecho de sua obra:

> Para que essa instituição ganhe expressão correta, recomenda-se considerar o procedimento democrático a partir de pontos de vista da teoria do discurso: sob as condições do pluralismo social e de visões de mundo, é o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito. Partirei aqui, sem discuti-la em detalhes, da seguinte proposição fundamental: regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos enquanto participantes em discursos racionais. Se são discursos e negociações – cuja justeza e honestidade encontram fundamento em procedimentos discursivamente embasados – o que constitui o espaço em que se pode formar uma vontade política racional, então a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático tem necessariamente de se apoiar em um arranjo comunicativo muito engenhoso: tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicações necessárias para a criação legítima do direito. A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição. (HABERMAS, 2002, p. 291-292)

Habermas (2002) destaca ainda que para os cidadãos expressarem adequadamente sua autonomia pública, é necessário que sejam independentes o suficiente, através de uma autonomia privada que esteja equanimemente garantida. Ele destaca ainda que os sujeitos particulares do direito só conseguem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, quando eles próprios, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, possuírem clareza acerca dos interesses e parâmetros justos e tiverem de acordo em relação a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.

É importante destacar que em sua teoria da inclusão do outro, Habermas (2002) não trata a questão da inclusão do outro de modo simplista e em termos

de uma inclusão sentimentalista do outro, que é uma forma transvestida de paternalismo. Ele destaca que o paternalismo configura-se, também, como uma forma de exclusão social. Nesse sentido ele se expressa quando explana acerca do liberalismo:

> Essa interpretação do sistema dos direitos continua sendo paternalista, porque corta pela metade o conceito de autonomia. Ela não leva em consideração que os destinatários do direito só podem ganhar autonomia (em sentido kantiano) à medida que eles mesmos possam compreender-se como autores das leis às quais eles mesmos estão submetidos enquanto sujeitos privados de direito. (HABERMAS, 2002, p. 234)

Deste modo, contrariando a exclusão sistemática é necessário a defesa de que a política própria da democracia deve ser direcionada na direção da "*inclusão do outro*". De modo que essa inclusão seja capaz de contribuir para a autonomia do cidadão e o capacite a assumir suas responsabilidades.

Da análise da teoria "*da inclusão do outro*" proposta por Habermas, compreende-se que a exclusão social e as desigualdades sociais são exemplos de imoralidade na sociedade dentre tantos outros, o que faz surgir a idéia de inclusão do outro como dever moral para as pessoas. Deste modo, pelo princípio da universalização, todos precisam ser incluídos na sociedade, de modo que as diferenças sejam resolvidas pela interação e o acordo.

Nesse sentido, Habermas (2002, p. 7) esclarece

> O mesmo respeito para todos e cada um não se estende aqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao "*nós*" flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados - e de cada marginalizado em particular - , em uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio. Antes, a "inclusão do outro" significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos- também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro - e querem continuar sendo estranhos.

Por conseguinte, o reconhecimento (que pressupõe o respeito recíproco ao outro) é de suma importância para a constituição de pluralismo saudável, que não seja fruto de uma imposição pelo Estado, mas que tenha sempre um caráter dúplice, a medida que afirme a identidade cultural de uma minoria, não a isola da comunidade. (HABERMAS, 2002)

Deste modo, é imprescindível que todos, grupos minoritários e majoritários, se vejam como cidadãos de iguais direitos de uma mesma comunidade política. A medida que é a integração dos cidadãos do Estado que assegura a lealdade desses em relação a uma cultura política comum. Habermas (2002, p. 235) destaca o pensamento acima apresentado no seguinte trecho de sua obra:

> Quando tomarmos a sério essa concatenação interna entre o Estado de direito e a democracia, porém, ficará claro que o sistema dos direitos não fecha os olhos nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais. A “acromatopia” do enfoque seletivo de leitura desaparece desde que atribuamos aos portadores dos direitos subjetivos uma identidade concebida de maneira intersubjetiva. Pessoas, inclusive pessoas do direito, só são individualizadas por meio da coletivização em sociedade. Sob essa premissa, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. E sem os movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria poucas chances de acontecer.

Portanto, assevera-se que a busca para conciliar as diferenças numa sociedade de tamanha complexidade como a hodierna, na tentativa de “*inclusão do outro*”, não é tarefa simples. Contudo, é de suma importância se considerar o direito de cada pessoa à igual respeito e dignidade, em especial no processo de inclusão. Tal atitude é fundamental para que alcancemos um nível de participação social qualificado na nossa sociedade, de modo a oportunizar a emancipação dos cidadãos e uma maior democratização de nossas instituições públicas, sobretudo as que integram o Sistema de Justiça.

3. PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA.

Após a análise das teorias acima apresentadas, passa-se a discutir a necessidade de uma maior participação social no Sistema de Justiça a partir desses referenciais teóricos.

Inicialmente, é importante examinar o Sistema de Justiça, o qual tem se apresentado como um sistema hermeticamente fechado, no qual não existem canais de diálogo eficientes com a sociedade, o que impossibilita uma participação social mais qualificada, capaz de garantir um controle social e uma interferência nos planos de atuação e nas prioridades das Instituições que compõem o Sistema de Justiça. Corroborando tal entendimento, Habermas (2012, p. 73) afirma que

> Numa perspectiva ampla, o sistema jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito. E em sentido estrito, ele abrange os atos jurídicos que modificam as situações do direito e, neste caso, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito. É verdade que tais determinações convencionais da sociologia do direito só conseguem obter o seu sentido específico quando se aceita que a diferenciação evolutiva do direito pode ser entendida como uma autonomização que transforma o direito positivado num sistema autônomo "autopoiético". Então o sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, delimita-se autorreferencialmente em relação a seus mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. Em compensação, ele descreve seus próprios componentes em categorias jurídicas e aplica esta autotematização para constituir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos. O sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que seus componentes estão de tal maneira entrelaçados entre si 'que normas e ações jurídicas se produzem umas às outras e que os procedimentos e a dogmática relacionam por seu turno essas relações'.

Sobre essa questão, é importante ressaltar que J. Habermas entende a sociedade como mundo da vida e sistema. Para ele a teoria dos sistemas desconsidera o nível dos sujeitos da ação, sejam eles indivíduos ou coletividades, e, fundamentada na densificação dos complexos organizatórios,

infere que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham entre si por meio de comunicações próprias. Ele destaca que as interações entre esses sistemas se dão mediante procedimentos próprios, definidos internamente, ou seja, essa influência recíproca não ocorre mais em decorrência dos interesses dos sujeitos participantes de tais sistemas[140]. (HABERMAS, 2011)

A crítica acerca da teoria dos sistemas apresentada por Habermas, contribui significamente para uma análise mais acurada e reflexiva acerca do isolamento do Sistema de Justiça. Tal prática provoca o distanciamento das instituições do Sistema de Justiça da sociedade civil, o que prejudica o controle social e o cumprimento dos anseios da população, gerando prejuízos para a legitimação das instituições que compõem o Sistema de Justiça e, em *ultima ratio*, do próprio Direito. Para Habermas (2012, p. 73)

> Como primeira consequência desse conceito, o sistema jurídico, monadicamente aberto e fechado, é desengatado de todos os demais sistemas de ação. O sistema jurídico, agora autônomo, não consegue mais manter uma troca direta com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório. Na base da construção de ambientes próprios, o contato com eventos situados além dos limites do sistema, produzido pela observação, oferece apenas ocasiões para o sistema jurídico fechado autopoieticamente influir sobre si mesmo. Ele não pode assumir funções de orientação na sociedade como um todo. Quando muito, o direito pode "regular" a sociedade num sentido metafórico: na medida em que se modifica a si mesmo, ele se apresenta a outros sistemas como um mundo circundante modificado, em relação ao qual os outros podem "reagir" do mesmo modo indireto.

Nesse sentido, entende-se que o Sistema de Justiça, sob a condição de um sistema autopoiético, só estar sensível a problemas próprios; não estando

---

[140] Habermas (2011, p. 64) defende que "*uma teoria dos sistemas expeliu de seus conceitos qualquer resquício de normatividade torna-se insensível em relação aos freios normativos contidos no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito. Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais. Entretanto ela é incapaz de criar qualquer tipo de moldura para uma nova teoria da democracia, pois analisa o processo político essencialmente sob pontos de vista da autorregulação do poder administrativo e divide a política e o direito entre vários sistemas funcionais, fechados recursivamente sobre si mesmos.* "

preparados para problemas que afetam a sociedade como um todo[141]. Destaca-se, ainda, a inexistência de canais de diálogos adequados e eficazes para a participação social nas instituições que o compõem, de modo a possibilitarem uma maior democratização do Sistema de Justiça.

Habermas (2011, p. 79) afirma que a "*teoria dos sistemas é incapaz de explicar como sistemas autopoieticamente fechados conseguem romper o círculo da regulação autorreferencial da autopoieses e da autorreferência*". Ele afirma que esses sistemas têm que superar as cegueiras específicas e a compreender-se como sistemas parciais que fazem parte de um sistema maior. E continua: "*Quando o discurso dos especialistas está desvinculado da formação democrática da opinião e da vontade, ele se afirma contra as pessoas privadas*" (HABERMAS, 2011, p. 83). Sobre tal questão, Habermas (2011, p. 84) explica que

> quando os processos de sintonia entre o Estado e os atores sociais tornam-se independentes em relação à esfera pública política e à formação da vontade parlamentar, resultam prejuízos, tanto do ponto de vista da legitimação, como do conhecimento. Sob ambos os pontos de vista, recomenda-se que a base ampliada do saber de uma administração reguladora assuma feições de uma política deliberativa, que se caracteriza pelo debate público entre especialistas e contraespecialistas, controlado pela opinião pública.

Neste aspecto, ou seja, acerca do rompimento do círculo espiral de regulação autorreferencial por parte dos sistemas autopoieticamente fechados,

---

[141] Para Habermas (2012, p. 76): "*Do ângulo sociológico alienante, o direito, que se retirou para um sistema autopoiético, é despido de todas as conotações normativas, que se referiram, em última instância, à auto – organização de uma comunidade de direito. Sob a descrição de um sistema autopoiético, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que onerem o sistema da sociedade como um todo. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoiética, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo. O direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível, como se pode ver, segundo Luhmann, no processo judicial. Não há um output que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são – lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um input que o sistema jurídico receba na forma de legitimações: o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes, cujas linguagens o sistema jurídico não entende. O direito produz para seus mundos circundantes o som que pode, quando muito, induzir os sistemas à variação de suas próprias ordens internas, para os quais o direito constitui, por seu turno, um mundo circundante.* "

Habermas apresenta sua teoria da democracia deliberativa[142], a qual absorve no seu núcleo central de fundamentação a teoria do agir comunicativo.

Habermas (2011) afirma que o direito não deve se apresentar com um sistema fechado narcisisticamente em si próprio, cabendo a ele se apropriar da "*eticidade democrática*" dos cidadãos e da cultura política liberal. Ele aduz que um processo democrático de legitimação do direito seja exitoso, exige-se que os indivíduos usufruam de seus direitos de comunicação e de participação de um modo direcionado também para o interesse comum, que pode ser apresentado politicamente, mas de modo algum imposto juridicamente. Neste sentido, ele continua afirmando que:

> Como todos os direitos subjetivos, os direitos políticos das pessoas, de acordo com sua forma, abrem espaços da liberdade de arbítrio que implicam a obrigatoriedade de um comportamento legal. Entretanto, independentemente dessa estrutura, eles só conseguem abrir as fontes de legitimação para a formação discursiva da opinião e da vontade, se os cidadãos utilizarem suas liberdades comunicativas, não apenas como liberdades subjetivas de ação para a defesa de interesses próprios, mas também como liberdades comunicativas para fins de "uso público da razão". Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população *acostumada* à liberdade, os quais não são atingidos pelas

---

142 A democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas, segundo Reese-Schäfer (2012, p. 93), pode ser vista como uma teoria da democracia apresentada com um propósito normativo, haja vista que ela objetiva desenvolver determinados procedimentos, que são de observância obrigatória para que uma decisão possa ser considerada democrática. Avritzer (2000, p. 38) destaca que da análise da teoria democrática proposta por Habermas, observa-se que este autor a partir da publicação da Teoria da Ação Comunicativa, inicia um processo de adaptação de sua concepção da teoria do discurso à política contemporânea. Tal tarefa irá se concretizar mediante à percepção de que o problema da legitimidade na política não está ligado apenas, tal como supôs Rousseau, ao problema da expressão da vontade da maioria no processo de formação da vontade geral, mas também estaria ligada a um processo de deliberação coletiva que contasse com a participação racional de todos os indivíduos possivelmente interessados ou afetados por decisões políticas. Habermas (2011, p. 93) destaca em sua concepção de teoria de democracia deliberativa o conceito de esfera pública, a qual ele compreende como uma caixa de ressonância para todas as atividades a serviço do esclarecimento e surgidas do munda da vida. Cabe ressaltar que ela não se apresenta como uma instituição sistêmica organizada, mas sim com uma conexão comunicacional do mundo da vida em torno de conteúdos e de opiniões. Em virtude do emprego da linguagem natural, ou comum e na inteligibilidade geral de seus debates, advém a sua abertura e fluidez. Deste modo, a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos.

> intromissões do direito e da administração. Isso explica por que, no paradigma procedimentalista do direito, as estruturas de uma sociedade civil viva e de uma esfera pública política não contaminada pelo poder têm que carregar uma boa parte das expectativas normativas, principalmente o fardo da gênese democrática do direito, que se pretende normativa. (HABERMAS, 2011, p. 323-324)

Nesta perspectiva, entende-se que a participação social é de suma importância para a construção de uma perspectiva democrática no Sistema de Justiça, de modo a garantir um controle social das instituições que o compõem, como o atingimento de seus objetivos constitucionais, de modo a proporcionar o melhor atendimento das expectativas dos cidadãos e da sociedade como um todo.

É diante de tal conjunto de ideias, que se compreende a participação social como mecanismo emancipador do cidadão e instrumento de democratização do Sistema de Justiça. Para tanto, entende-se que a teoria da situação ideal de fala, a concepção de agir comunicativo e teoria acerca da "inclusão do outro", apresentadas por Jürgen Habermas, fundamentam a defesa da existência de canais de diálogo que possibilitem uma participação qualificada e eficaz do cidadão nas instituições que compõem o Sistema de Justiça.

Habermas, por meio da análise dos processos linguísticos, concebe a linguagem como um novo paradigma filosófico. Nesta conjuntura, a razão comunicativa só é possível em função do *medium* linguístico, pelo qual as interações se interligam, construindo um entendimento. Habermas afirma que esse tipo de razão possuiria o poder de emancipação. Com isto, a ação comunicativa detém uma índole emancipatória, a medida que quando os indivíduos se comunicam com outros, pensam ou agem de forma racional, libertando-se de todo tipo de misticismo e das formas de poder impostas pelas instituições. Habermas aduz que o agir comunicativo combate a coação interna e externa e, ainda, a dominação social, possibilitando a emancipação. (HABERMAS, 2012)

Este Autor, então, propõe a descolonização do mundo da vida pelos sistemas, através de uma desregulamentação e desmonetarização de suas

estruturas. Nesse contexto, o papel dos mecanismos que possibilitem uma participação social no Sistema de Justiça, constituindo espaços públicos autônomos e de diálogos, é de fundamental importância no surgimento de um processo de descolonização, acompanhado concomitantemente pela emancipação social. Santos (2010, p. 277) ao discutir subjetivismo, cidadania e emancipação assevera que

> Uma tal concepção da emancipação implica a criação de um *novo senso comum político*. A conversão da diferenciação do político no modo privilegiado de estruturação e diferenciação da prática social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos. Com isto, revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a ideia da igualdade sem mesmidade, a ideia de autonomia e a ideia de solidariedade.

Jürgen Habermas ao destacar a importância do envolvimento e da participação ativa do cidadão nos espaços de deliberação pública, chama atenção para a função de racionalização e legitimação que tais procedimentos de deliberação pública detêm. Ele afirma que a racionalização e legitimação, da construção da opinião e da vontade, proporcionam, de forma simultânea, a emancipação do cidadão enquanto indivíduo e o ambiente adequado para que se associe a outros cidadãos no debate público. Com isto, observa-se um processo de retro alimentação: os cidadãos interagem no decorrer do processo discursivo, que é orientador das ações do sistema político, e que têm por consequência a legitimação de seus resultados, já que os mesmos são racionais por estarem sustentados na discussão. (MARQUES, 2010)

Portanto, o processo de participação é uma forma de oportunizar e agilizar mudanças. Contudo, é importante destacar que a estrutura social é marcada por um grave quadro de desigualdades sociais e econômicas, as quais criam óbices à participação. Tal realidade, leva a considerar a participação social também como possibilidade educativa. Nessa perspectiva, Pateman (1992) compreende que a participação social enquanto prática educativa garante aos indivíduos uma capacitação para intervenção nos assuntos em debate, o que proporciona a formação de cidadãos interessados nos temas coletivos e de

política nacional. E sobre a necessidade de construção de novos espaços de participação social, Santos (2010, p. 276) destaca:

> A diferenciação das lutas democráticas pressupõe a imaginação social de novos exercícios de democracia e de novos critérios democráticos para avaliar as diferentes formas de participação política. E as transformações prolongam-se no conceito de cidadania, no sentido de eliminar os novos mecanismos de exclusão da cidadania, de combinar formas individuais com coletivas de cidadania e, finalmente, no sentido de ampliar esse conceito para além do princípio da reciprocidade e simetria entre direitos e deveres.

Nesse sentido, a partir da teoria de democracia deliberativa proposta por Habermas (2011), compreende-se que os espaços de influência recíproca entre a sociedade e o Estado, se exprimem como esfera pública integrados por relações sociopolíticas e culturais de discussão, de deliberações e negociações, que objetivam planejar, sintetizar, encaminhar e tomar decisões sobre prioridades do poder público. A partir desta linha de raciocínio, este Autor ressalta que, as idéias de emancipação e autonomia se apresentam como condições básicas para a participação política, pois somente um indivíduo autônomo é apto a identificar, escolher e processar informações, ter o domínio mínimo de conhecimento e tomar decisões e posicionamentos. Acerca desse fenômeno de democratização das instituições públicas a partir da participação social, Wolkmer (2001, p. 253) destaca que

> Sublinha-se que a construção de uma sociedade democrática alicerçada nas necessidades das identidades coletivas locais não só depende da participação integral de uma cidadania consciente e atuante, como ainda tem sua condição prévia nos marcos de descentralização político – administrativa e na redistribuição racional de recursos, competências e funções. Na verdade, parece correto associar a prática moderna de descentralização com a própria democratização da sociedade, do Estado e da cultura, bem como com a melhoria da qualidade de vida cotidiana, a humanização e o fortalecimento das múltiplas formas democráticas de gestão local, distrital ou municipal. A implementação e o alargamento da sociedade democrática descentralizadora só se completa com a efetiva participação e controle por parte dos movimentos e grupos comunitários.

A idéia é que a interação, o debate e a discussão sobre assuntos e decisões que abordem interesses públicos, tem o condão de exercer influência sobre a tomada de decisões políticas, o que vai além da democracia procedimental, ou representativa. Deste modo, observa-se a estruturação de um "*espaço deliberativo*" como um processo de ação política, que cria novas oportunidades para o exercício da cidadania, concretizando a emancipação pela escolha do melhor argumento, dentro de um processo livre e igualitário de discussão

Deste modo, em consonância com a concepção habermasiana de uma situação ideal de fala, do agir comunicativo e da teoria da inclusão do outro, compreende-se que a criação de mecanismos de participação social, como ouvidores externas, ciclos de conferências para criação dos planos anuais, dentre outros, representam espaços de diálogo, no qual os atores sociais alvos das políticas públicas das instituições do Sistema de Justiça, terão a oportunidade de apresentar discutir, deliberar e exercer uma influência qualificada sobre o planejamento dessas instituições.

Nesse sentido, ressalta-se que Habermas (2002) defende, em contraponto à exclusão sistemática, que a política própria da democracia precisa se direcionar de modo a possibilitar a "*inclusão do outro*". Ele assevera que essa inclusão busca o respeito à autonomia do indivíduo, bem como a criação de canais de comunicação eficazes entre as instituições públicas e a sociedade civil[143].

Sobre tal questão, é necessário ressaltar que a inclusão do outro não deve ocorrer pautada no paternalismo, que também é um modo de exclusão social. Deste modo, em contraponto à exclusão sistemática, faz-se mister a construção de uma política própria da democracia, tendo por norte uma inclusão que seja capaz de incentivar a autonomia do cidadão e o capacite a assumir suas responsabilidades. (HABERMAS, 2002)

---

143 Por sociedade civil entende-se a instância independente do Estado, a base de atuação das associações, sindicatos, comunidades e organizações livres, não estatais e não econômicas, ancoradas nas estruturas de comunicação da esfera pública, onde o comportamento reflexivo do cidadão se constrói e se reproduz. Nesse sentido, a sociedade civil aparece antes como protagonista do que como expectadora na condução de processos de intervenção em instâncias decisórias ou na implementação de experiências originais de protagonismo político e emancipação social. (LEAL, 2008, pp. 42-43)

A criação de espaços de participação social no Sistema de Justiça, tem por objetivo, assim, tornar as instituições que o compõem mais abertas e sensíveis às demandas éticas do público alvo de suas atuações, máxime pela lógica da cidadania – e não substituir o Estado (no caso, os órgãos decisórios dessas instituições) – a legitimidade desses instrumentos de participação, frutos de seus perfis deliberativos, proporciona a publicização dos debates no interior das instituições do Sistema de Justiça, com a consequente criação de espaços abertos e plurais que podem contribuir como instâncias críticas em relação às deliberações tomadas pelos órgãos decisórios dessas instituições. Neste processo deliberativo e de participação, não se pode olvidar que o cidadão, individualmente concebido, deve ser inserido dentro desse mecanismo de participação, sendo garantido a ele a oportunidade de expressão e de defesa de interesses. Acerca dessa temática, Wolkmer (2001, p. 256) é esclarecedor:

> Quanto aos mecanismos democráticos de participação comunitária na esfera da Administração, tomar-se-á de empréstimo uma vez mais a distinção de Dallari: 1. participação do povo no planejamento; 2. consulta à comunidade sobre proposta ou projeto orçamentário; 3. representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada; 4. participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação. Por fim, a participação popular deve ocorrer também nos órgãos colegiados do Judiciário, tanto na primeira instância quanto nos tribunais superiores. A prática participativa da comunidade na administração da Justiça envolve a democratização do acesso à Justiça, a criação de tribunais distritais de habitação, e de consumidores, centros de justiça de bairro, comissões de apelação e arbitragem, comitês de conciliação e mediação, juízes eleitos e juízes assessores, etc.

Os mecanismos de participação social a serem criados e instalados no seio do Sistema de Justiça representarão, portanto, um procedimento de democratização das instituições que o integram. Tal entendimento fundamenta-se nas teorias de Habermas que foram acima apresentadas, já que para ele o poder deve ser disposto de forma democrática, isto é, que deve existir uma interlocução entre o poder administrativo – que é gerado pelo Estado – e o poder comunicativo – gerado pela sociedade. (MARQUES, 2010). Neste sentido, compreende que os espaços de participação social oportunizam esse diálogo

entre o poder administrativo, representado pela atuação dos órgãos decisórios das instituições do Sistema de Justiça; e o poder comunicativo, advindo das participações e interações do público alvo dos serviços prestados por essas instituições, que são incentivadas por esses espaços de diálogo e discussão entre iguais.

4. CONCLUSÃO.

O presente estudo teve por objetivo abrir uma discussão acerca da necessidade da criação e instalação de mecanismo que possibilitem uma participação social qualificada no âmbito do Sistema de Justiça, a partir das concepções da situação ideal de fala, do agir comunicativo e da inclusão do outro, propostas por Jürgen Habermas. O destaque dessas teorias para a presente reflexão está justamente no fato de que elas pressupõem a existência de espaços de diálogo e discussão entre iguais, com a defesa da inclusão do outro no debate, de modo a garantir que o cidadão, individualmente concebido, tenha a oportunidade de expressão e de defesa de interesses; gerando, assim, uma interação entre o poder administrativo (representado pelo Estado) e o poder comunicacional (gerado pela sociedade), e a constituição, enfim, de um poder organizado de forma democrática.

Pateman (1992) destaca que a participação da sociedade civil significa um parâmetro fundamental para a democratização e para o seu desenvolvimento. Neste sentido, defende-se, no presente estudo, a necessidade de criação e instalação de mecanismos que possibilitem uma participação social qualificada nas instituições do Sistema de Justiça. Tais espaços de diálogo com a comunidade representam processos emancipatórios, que criam caminhos para novos modelos de desenvolvimento social e democratização no seio do Sistema de Justiça; não por meio da substituição do Estado, mas como arenas de deliberação aptas a influenciar e pressionar para que as instituições públicas cumpram com seus fins constitucionais, garantindo serviços sociais de qualidade e de acesso a todos.

É importante ressaltar que essa é uma realidade muito diferente da brasileira que carece substancialmente de uma educação cidadã, aonde existem graves desigualdades sociais e que se estrutura num sistema democrático anomalamente representativo e num sistema judiciário tradicionalista. Entretanto, descortina-se novas esperanças na construção de uma experiência democrática que incentivem os cidadãos a abandonarem um papel de sujeitos privados e assumirem o posto de sujeitos participantes efetivos.

Na busca de criação de espaço que possibilitem uma participação nas instituições do Sistema de Justiça, já se pode citar como exemplo, o surgimento das ouvidorias externas da Defensoria Pública[144], a qual é composta por um ouvidor fora dos quadros de carreira dessa instituição. Outra experiência democratizante foi a alteração promovida pela Lei Complementar n. 132/2009[145], consistente na previsão de que caberá ao conselho superior da Defensoria Pública aprovar o plano de atuação dessa instituição após ampla divulgação junto à sociedade. Tal dispositivo tem fundamentado a existência de Ciclos de Conferências para criação dos planos anuais de atuação das Defensorias Públicas de alguns estados (como, por exemplo, as dos estados de São Paulo e do Maranhão), possibilitando a participação direta dos cidadãos na definição dos projetos, metas e prioridades institucionais da Defensoria Pública. Nesta mesma toada, cita-se que o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, do idos do ano de 2009, previa como um de seus objetivos o incentivo para a estruturação e apoio de ações dos órgãos de controle interno e ouvidorias, no âmbito das instituições do Sistema de Justiça, com o objetivo de promover maior transparência e estimular a participação social.

Finalizando, entende-se que a expertise acumulada pelas entidades, movimentos sociais e organizações não governamentais, pode ser utilizada pelas instituições que compõem o Sistema de Justiça para a otimização, diversificação

---

144 Ressalta-se a inovação no Sistema de Justiça, consubstanciada no caráter externo da Ouvidoria Geral da Defensoria Pública, haja vista a mesma ser exercida por pessoa de fora dos quadros da carreira dessa Instituição, a qual deverá ser escolhida pelo Conselho Superior a partir de lista tríplice elaborada pela sociedade civil organizada.

145 Esta lei organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

e aprofundamento dos trabalhos necessários à efetivação de suas atribuições, de modo a garantir a efetividade de seus objetivos institucionais previstos na Constituição Federal de 1988. E tal tarefa se concretiza quando a participação social é considerada realmente como paradigma para suas prioridades institucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. n. 50. São Paulo: Lua Nova, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_________________. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

_________________. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1997.

_________________. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

LEAL, Sayonara de Amorim Gonçalves. Rádios comunitárias no Brasil e na França: democracia e esfera pública. São Cristóvão: UFS, 2008.

MARQUES, Verônica Teixeira. Democracia e novos espaços deliberativos para efetivação da participação como direito. *In*: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, 2010.

NOBRE, M.; TERRA, R. Direito e democracia: um guia de leitura. São Paulo: Malheiros, 2008.

PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática. Rios de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

REESE-SCHÄFER, Walter. Compreender Habermas. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-modernidade. 13.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

LEI Nº 6.683/79 (LEI DE ANISTIA) E HERMENÊUTICA JURÍDICA

Renata Caldas Barreto[146]

RESUMO: Pretende-se analisar as condições de possibilidade do surgimento do enunciado da anistia ampla, geral e irrestrita veiculada na Lei n. 6.683/79; e, por outro lado, o(s) sentido(s) e o(s) alcance(s) interpretativo(s) que podem ser conferidos a esta expressão tomando-se por parâmetro a existência de uma nova ordem constitucional. O referencial teórico mobilizado segue postulados da Análise do Discurso proposta por Michel Foucault, assim como as bases da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. A metodologia é analítico-qualitativa e busca analisar o art. 1º da Lei nº 6.683/79 (Lei de anistia) e extrato da decisão proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153. Constata-se que instituições como a Igreja Católica, as Forças Armadas, setores da economia e da sociedade civil brasileira, a partir de contradições internas e disputas de poder existentes à época da vigência do regime ditatorial no Brasil, possibilitaram, por meio de suas posições de sujeito, de seus lugares discursivos, a irrupção do discurso de concessão de anistia ampla, geral e irrestrita aos participantes da Ditadura militar. Aponta-se, ainda, que a utilização de um método de análise da aludida Lei de anistia, buscando o sentido histórico do momento em que ela foi promulgada não é possível de ser realizado, tomando-se por parâmetro a hermenêutica filosófica de Gadamer. Através de seus postulados, Gadamer compreende o ato de interpretar somente existente na tradição do sujeito/intérprete.
PALAVRAS-CHAVE: Lei de Anistia; Análise do discurso; ADPF n. 153; Hermenêutica Gadameriana.

ABSTRACT: It intends to analyze the conditions of possibility of the emergence of the statement of broad amnesty, general and unrestricted conveyed by Law n. 6683/79; and, on the other hand, the (s) direction (s) and (s) range (s) interpretive (s) may be conferred upon the expression taking as parameter the existence of a new constitutional order. The mobilized theoretical framework follows postulates of discourse analysis proposed by Michel Foucault, as well as the foundations of philosophical hermeneutics developed by Hans-Georg Gadamer. The methodology is analytical, qualitative and analyzes the art. 1 of Law No. 6.683 / 79 (Law of amnesty) and extract decision rendered in Breach Action fundamental precept (ADPF) n. 153. It appears that institutions like the Catholic Church, the military, sectors of the economy and

146 Mestra em Direito pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição-IDEJUST/Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo/IRI/USP. Advogada.

the Brazilian civil society from internal contradictions and power struggles existing at the time the term of the dictatorship in Brazil, made possible through their subject positions, their discursive places, the eruption of broad amnesty concession speech, stock and barrel to the participants of military dictatorship. It is pointed out also that the use of a method of analysis of the aforementioned Law of amnesty, seeking the historical sense of the moment it was enacted can not be held, taking as a parameter the philosophical hermeneutics of Gadamer. Through its principles, Gadamer understands the act of interpreting existing only in the tradition of the subject / interpreter.
KEYWORDS: Law of amnesty; discourse analysis; ADPF n. 153; hermeneutics of Gadamer.

1 INTRODUÇÃO

O recorte e o limite à análise histórica de um objeto específico estão presentes num determinado modo de análise discursiva denominado por Michel Foucault de arqueologia do saber, no qual se buscam elementos diversos constituintes dos discursos e por eles constituídos, a fim de se identificarem suas condições de possibilidades de irrupção e de funcionamento. Através da descrição arqueológica, Foucault

> (...) tenta mostrar como a autonomia do discurso e sua especificidade não lhe dão, por isso, um *status* de pura idealidade e de total independência histórica; o que ela quer revelar é o nível singular em que a história pode dar lugar a tipos definidos de discursos que têm, eles próprios, seu tipo de historicidade e que estão relacionados com todo um conjunto de historicidades diversas. (2012, p. 201).

Dessa forma, e a partir das categorias trabalhadas por Foucault, o sujeito, o enunciado, o sentido e o discurso são elementos intrinsecamente relacionados sem que haja entre eles, entretanto, uma cadeia linear de surgimento.

Afastando-se do ideário iluminista, o sujeito não seria mais percebido como centrado em si mesmo, senhor absoluto de sua racionalidade. O sujeito em Foucault é interpelado e construído pelos discursos que se entrecruzam em cada trama momentânea e que afloram “sob as condições positivas de um feixe complexo de relações” (2012, p. 55), e os enunciados dos quais esse sujeito faz uso, assim como os efeitos de sentidos por eles produzidos, são igualmente situados historicamente e irrompem em virtude de determinadas condições de

possibilidade. Portanto, nessa perspectiva, não se adota a crença da existência de pureza e de cristalinidade na constituição de cada um dos aludidos elementos.

Interessa para o estudo da arqueologia foucaultiana identificar o que fora falado e o que fora silenciado, mas sobretudo, analisar quais as razões que possibilitaram o aparecimento de um determinado enunciado e não de outro e, igualmente, quais as relações de poder são percebidas numa sociedade momentaneamente situada que podem ser apontadas como "campos de constituição e validade dos enunciados emergentes". (FOUCAULT, 2012, p. 55) Ou seja, tenta-se trazer à tona os elementos circundantes ao discurso que não estão necessariamente evidenciados nele, mas que se constituem em vetores para sua construção. O olhar volta-se às relações políticas, econômicas, religiosas, intersubjetivas, enfim a relações que possam ser identificadas como condições para surgimento de determinado discurso.

E é a partir da proposta arqueológica de Michel Foucault que se pretende analisar a emergência do discurso da anistia ampla, geral e irrestrita expresso na Lei n º 6.683/79, a denominada Lei de Anistia, situando algumas das circunstâncias que tornaram possível seu surgimento, ou seja, objetiva-se identificar qual o contexto do aludido texto.

A relevância da atitude de situar o contexto específico não se restringe ao momento de promulgação da lei; este é fundamental no caso ora analisado para trazer à tona relações de poder subjacentes à apresentação de um discurso de "perdão aos agentes da Ditadura" para que fosse possível a redemocratização do país, que por vezes é apresentado como natural e unívoco. Mas também se faz necessário, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, verificar as circunstâncias presentes no momento de compreensão/interpretação de um texto, vez que

> Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde ela também procura conhecer a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois

> sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e consequentemente por todo curso objetivo da história. (GADAMER, 2012, p. 392).

Nesta alheta, percebe-se que o momento histórico no qual o intérprete está situado direciona sua possibilidade de interpretação, porquanto o sujeito/intérprete não se mantém alheio ao feixe de ideologias ou de discursos, no dizer de Foucault, que o entrecortam e desta forma o constituem, e que estão presentes em momentos determinados e em uma sociedade específica. A partir desta colocação não se está afirmando que o ato de interpretação é um ato exclusivamente subjetivista, realizado somente com base no referencial do intérprete. O que se quer deixar claro é que a tradição na qual o sujeito encontra-se inserido, necessariamente, fará parte de sua compreensão e, portanto, da interpretação do texto.

Streck, ao sustentar a diferença e a relação entre texto e norma, o faz tomando por parâmetro o próprio ato de interpretar, em que assevera haver a influência da tradição na qual o intérprete está inserido, mas explicita que se valer de sua subjetividade não implica discricionariedade por parte do sujeito.

> O sentido do texto (que é a sua norma) ex-surge do processo de atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, não existe um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. A diferença ontológica, *locus* do ato aplicativo (applicatio) funciona, assim, como garantia contra essa discricionariedade representada por uma pretensa 'liberdade de atribuição de sentidos'. Por isto a hermenêutica não é relativista. (2005, p. 61).

Nessa perspectiva, busca-se problematizar os limites e o alcance do enunciado 'anistia' presente na Lei n. 6.883/79 em face da ordem constitucional instaurada em 1988 à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, tomando-se como objeto de análise um dos fundamentos expressos na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.

2 ANISTIA AMPLA, GERAL E IRRESTRITA?

De início, cabe situar historicamente de que anistia se está a falar. A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, foi promulgada ainda durante a vigência do regime ditatorial militar vivenciado no Brasil, que tem como baliza temporal inicial o ano de 1964 e se prolonga formalmente até 1985, com o retorno do governo aos civis.

Pelo teor de seus dispositivos, a referida norma legal é considerada marco no processo de modificação do cenário político brasileiro, pois teria se tornado um elemento facilitador do que se costuma denominar de "redemocratização" do país[147]. Isto porque, ínsita em seu art. 1º, a Lei 6.683 veicula a anistia para aqueles que haviam se insurgido contra a ditadura, bem como para os agentes do regime autoritário, conforme se depreende da leitura do seu texto:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos [148]Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
>
> § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.
>
> § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. (BRASIL, 1979).

Pode-se perceber que fora criado um artifício que possibilitava a anistia aos agentes do governo que praticaram crimes contra os dissidentes do regime ditatorial, qual seja: a extensão da anistia aos crimes conexos aos crimes

---

[147] No julgamento da ADPF 153, a Min. Ellen Gracie corrobora esse entendimento ao afirmar que "não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010.

políticos, sendo eles de qualquer natureza. E é nesta categoria, na de crimes conexos, que podem ser inseridos os atos cometidos pelos agentes estatais, vez que estes não podem ser caracterizados como crimes políticos porquanto os militares não praticaram, durante o aludido regime político em vigor, atos atentatórios à ordem político-social, motivados por ideais políticos com o intento de mudança na organização pública; ao contrário, eles cometiam atos atentatórios à integridade física, moral, patrimonial dos dissidentes políticos do governo exatamente a fim de sustentar a ordem política instituída.

Desta forma, tornou-se possível que, mesmo após o deslocamento do poder governamental para os civis, os militares não fossem responsabilizados penalmente por homicídios, torturas, sequestros, ocultação de cadáver dentre outros crimes contra a humanidade realizados contra aqueles que manifestavam insatisfação em relação à forma de governo imposta.

O pleito por anistia surge, inicialmente, pelos indivíduos que se opunham à ditadura militar e que pugnavam pelo retorno daqueles que haviam sido exiliados, por liberdade aos que se encontravam presos, pela possibilidade de retorno às suas funções daqueles que tinham sido exonerados ou cassados e dos estudantes que haviam sido desligados das universidades. Enfim havia a demanda pelo retorno a certas condições pré-existentes aos atos de repressão.

Contudo, essa mesma expressão “anistia” passa a ser utilizada também pelos militares, mas não com o mesmo efeito de sentido. E isso é explicado pelo fato de que, conforme Foucault, as formações discursivas, como elementos que determinam ao sujeito o que ele pode e o que deve dizer, determinam também como o dizer produz sentidos dentro de certas circunstâncias e determinados grupos. Nesse aspecto, observa-se que a extensão e os destinatários não coincidem com aqueles do enunciado “anistia” formulado inicialmente pela sociedade civil. Percebe-se haver então uma disputa de sentido derivada de uma tensão de interesses e de poder existentes àquele momento no Brasil.

A oposição enunciativa aqui apontada, a disputa pelo enunciado “anistia”, não se verifica tão-somente no campo da proposição. Podem-se constatar distinções relativas ao sentido atribuído ao termo, mas também às

posições ocupadas pelos sujeitos enunciadores, à disputa de poder subjacente, aos meios utilizados para externar e legitimar o enunciado. Percebe-se, nesta perspectiva, “duas maneiras de formar enunciados, caracterizados uns e outros por certos objetos, certas posições de subjetividade, certos conceitos e certas escolhas estratégicas” (FOUCAULT, 2012, p. 189).

Durante os anos de 1978 e 1979, grande parte da sociedade brasileira manifestava-se favorável à anistia em prol daqueles que se insurgiram contra o regime ditatorial imposto pelos militares no ano de 1964 e que, em resposta à prática de atos contrários ao poder instituído, foram considerados ‘subversivos’ e sofreram diversas formas de violência física e/ou moral. No final da década de 1970, a ditadura já não possuía mais a mesma força e respaldo que tivera inicialmente, oriundos sobretudo das Forças Armadas, da Igreja Católica e de alguns setores da sociedade brasileira.

Em 1964, quando as Forças Armadas destituem o então Presidente João Goulart e se assenhoram do poder político, o cenário internacional, montado sob a disputa de forças entre as potências União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e Estados Unidos da América (EUA) que representavam a dicotomia politicaeconômica socialismo *versus* capitalismo pressionava para a ruptura com o denominado “perigo comunista”, que se lhes apresentava mais próximo desde a Revolução cubana, em 1959, e posterior adesão ao socialismo, em 1961 (PRESSOT, 2010, p. 73).

Sustenta-se que essa mesma dicotomia representava na seara religiosa, respectivamente, o “comunismo ateu” e as “liberdades civis”. Desta forma, influenciou a Igreja Católica a apoiar a tomada de poder pelos militares, em repúdio ao suposto ateísmo que poderia se implantar no Brasil caso o presidente João Goulart, apontado como comunista, implementasse no Brasil o regime socialista.

Sob igual justificativa – o receio de o Brasil tornar-se comunista – as Forças Armadas comandaram a tomada de poder político e fundaram um regime autoritário, que teve oposição, mas também teve grande aceitação inicial por parte de setores sociais, sobretudo ligados à economia, que na década de

1970 viveu intenso crescimento a ponto dessa época ser denominada de "milagre econômico".

Os vários lugares de poder que criaram uma confluência de modo a viabilizar a tomada do poder político pelas Forças Armadas durante o governo presidencial de João Goulart já não se apresentam tão coesos no final da década de 1970, ou a suposta coesão inicial passa a revelar as tensões e rupturas sempre existentes.

Internamente, existiam facções na Igreja Católica compostas por partidários e contrários ao regime militar; do mesmo modo ocorre na caserna, com a disputa entre aqueles denominados 'linha-dura", que pretendiam permanecer no poder sob a justificativa de manutenção da ordem e segurança nacional, e aqueles que eram designados "moderados", adeptos da ideia de retorno do governo aos civis; e quanto aos setores econômicos, estes já não estavam tão satisfeitos, pois os índices outrora favoráveis estavam em queda e a inflação descontrolada (ROLLEMBERG, 2010, p. 98/99).

Acrescente-se a esse quadro conflitivo, o movimento sindical do ABC paulista, que se inicia em 1978, a insatisfação e reação de estudantes, professores, camponeses, operários, artistas e todos aqueles que não compactuavam com a implantação da ditadura tampouco com a permanência dos militares no poder político com suas práticas de repressão em relação aos dissidentes políticos, traduzidas em diversas formas de violência perpetradas em face daqueles que manifestavam sua divergência. E é em favor destes que primeiramente se enuncia o pleito da anistia. Através de variadas maneiras de manifestações, incluindo a tentativa de discussão parlamentar, a população veicula a anistia aos dissidentes da ditadura.

Entretanto, apesar de enfrentar as crises internas, econômicas, sociais e políticas relatadas acima, o poder da Instituição Militar ainda se verificava bastante presente naquele momento histórico. Utilizavam técnicas de controle mais sutis e não menos "eficazes" que a violência física, como a escolha e o delineamento das disciplinas que integrariam o currículo na educação escolar, a ingerência nos meios de comunicação, a disseminação do discurso do amor à

pátria, da segurança nacional, da ordem, do crescimento econômico, do nacionalismo presente na literatura, na pintura, no cinema, enfim lançam mão de “procedimentos que permitem fazer circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e ‘individualizada’ em todo o corpo social.” (FOUCAULT, 2005, p. 08).

As Forças Armadas comandavam igualmente os macropoderes estruturais do país de forma a permitir o domínio do poder político.

Entre idas e vindas, num jogo de forças e de poder, foi possível a emergência do discurso da anistia ampla, geral e irrestrita, concretizado na Lei nº 6.683/79, de maneira a conceder aos agentes do regime ditatorial a extinção de punibilidade pelos atos praticados durante o período da ditadura. Da mesma forma, conseguiu excluir parcela daqueles que se insurgiram contra a ditadura militar dessa renúncia estatal de seu poder de punição, sob alguns limites.

Difunde-se a ideia de que foi realizado um acordo social que possibilitaria o retorno do poder político aos civis, ou como se costuma dizer, que viabilizaria a redemocratização do país. Como condição, haveria a necessária aceitação da anistia “ampla, geral e irrestrita.” E o instrumento eleito para veicular oficialmente o discurso foi a Lei n. 6.683/79 (Lei de anistia).

3 A ADPF n. 153

Conforme se demonstrou, a Lei n. 6.683/79 foi promulgada em virtude de determinadas condicionantes que a circundavam. Impulsionada por outras circunstâncias fáticas e políticas, que se constituíram em contexto de relações de poder diverso daquele verificado no momento da promulgação da Lei de Anistia, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153), cuja finalidade era a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 1º do aludido instrumento normativo, o qual incluiu na categoria de beneficiários da concessão de anistia os agentes da ditadura militar, como já dito, impossibilitando, portanto, suas punições em face dos diversos crimes cometidos, como homicídios, torturas, sequestros, ocultação de cadáver,

ameaças, lesões corporais, dentre outros, que foram praticados com a tentativa de manutenção do regime político imposto.

O momento de propositura da ADPF 153, questionando o empecilho à persecução penal de agentes de crimes da natureza daquelas acima mencionadas e nas condições referidas, é entrecortado pela pauta do respeito aos direitos humanos que se apresenta, com menor ou maior ênfase, em todo o mundo.

A existência de normas internacionais de proteção aos direitos humanos, assim como de organismos internacionais que têm por função resguardar essa ordem jurídica internacional dos quais o Brasil é signatário e aos quais ele se submete pressionam uma mudança no cenário interno. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já houvera enfrentado a temática de (in) validade de leis de autoanistia promulgadas em períodos ditatoriais em outros países da América do Sul, externando entendimento de que leis de autoanistia, nos casos de graves violações a direitos humanos, são incompatíveis com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, por conseguinte, carecem de efeitos jurídicos. Assim decidiu em relação à lei de autoanistia que vigorava no Peru:

> A Corte, conforme alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o estabelecido no art. 8.1 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e sanção dos responsáveis pelos fatos ocorridos e Barrios Altos, descumprindo o art. 1.1 da Convenção, e obstruíram o esclarecimento das fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia incompatíveis com a convenção descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no art. 2 da mesma. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, tradução nossa)[149]

---

[149]No original: "La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por le Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes em el presente caso fueran oídas por um juez, conforme a lo señalado em el artículo 8.1 da la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hecho ocurridos em Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles com la

Em posicionamento idêntico, considerou carente de efeitos jurídicos a lei de autoanistia que fora promulgada no Chile:

> (...) as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que não se pode conceder a anistia a respeito de crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa-humanidade ou as graves infrações do direito internacional humanitário. (...) Em consequência, dada sua natureza, o decreto-lei 2.191/1978 carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo à investigação dos fatos que constituem este caso, nem para a identificação e o castigo dos responsáveis (...) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, tradução nossa)[150]

Ademais, a ordem jurídica interna brasileira é, no atual momento, completamente distinta daquela que vigorava durante o regime militar ditatorial. Estruturou-se por um novo referencial, a Constituição Federal de 1988, que veicula a instituição de um Estado Democrático de Direito logo em seu preâmbulo, o que já denota um sentido conferido pelo próprio *locus* no instrumento normativo, implicando direcionamento de interpretação de todo o texto constitucional a partir de seus parâmetros. Torna-se perceptível, ainda, a importante conotação que é atribuída aos direitos fundamentais, seja pela extensão de sua relação, seja pela tópica utilizada na maneira de sua inserção na configuração da Constituição de 1988. Nesse sentido, o posicionamento de Acunha e Benvindo:

> A Constituição de 1988 simbolizou significativo avanço para a temática dos direitos fundamentais. Sua enunciação no início do texto, antes mesmo da estruturação do Estado, expressa um bom indício da dignidade constitucional destacada que passaram a ostentar, o que, somado à extensão de seu rol, à reconfiguração da interpretação constitucional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito (que, até mesmo, implica uma alteração da própria compreensão e do sentido destes direitos fundamentais), entre outros, permite enxergar-lhes, além de diversas outras funções que cumprem no sistema,

---

convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada em el artículo 2 de la misma.”.

150No original: “(...) las Naciones Unidas mantienem sistematicamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímines internacionales como el genocídio, los crímienes de lesa humanidade o las infracciones graves del derecho internacional humanitário.(...) En consecuencia, dada su naturaliza, el decreto Ley 2.191/1978 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando um obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables(...)”.

> como vetores de interpretação do ordenamento jurídico e de conformação da atuação do Poder Público em suas diversas esferas. (2012, p. 197).

E é nesta perspectiva que o Supremo Tribunal Federal foi acionado para analisar, em sede de controle de constitucionalidade, a validade da Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia) face à Constituição de 1988, tendo por mecanismo a ADPF 153 cujo arguente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, formulou pedido de invalidade do dispositivo que concede anistia aos crimes políticos e conexos a estes, no que tange à inclusão dos crimes comuns praticados pelos agentes da ditadura contra os dissidentes do regime político imposto. A aludida ação foi julgada improcedente pelo STF, em que pese a pendência de julgamento dos embargos de declaração interpostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, apesar do julgamento da ADPF 153 ter sido realizado pela mais alta Corte do país, única competente para o feito, não foi possível finalizar a discussão do assunto. Ao contrário, o tema permanece em aprofundado e amplo debate, sobretudo após a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, que ocorreu justamente por nosso país não ter dado tratamento adequado aos atos lesivos aos direitos humanos praticados no período de repressão. Na sentença condenatória do Brasil pela CIDH, há expresso posicionamento no sentido de que a Lei de anistia não pode consistir-se em óbice para a punição daqueles que praticaram crimes que afrontam o arcabouço de direitos humanos:

> As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando obstáculo para investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Desta forma, a CIDH, ao considerar que leis de autoanistia não podem extinguir a punibilidade dos agentes que perpetraram graves violações a direitos humanos, sob pena de fragilizar a ordem internacional de proteção aos referidos

direitos, impõe a responsabilização penal dos agentes agressores, o que, de igual modo, consta na sentença acima referida.

4 ANISTIA "AMPLA, GERAL E IRRESTRITA": possibilidades de sentidos

O acórdão proferido na ADPF 153 apresenta fundamentação bastante eclética por parte daqueles que a julgaram improcedente, tendo cada ministro manifestado seu voto com linhas de raciocínio distintas de seus pares, entretanto, com resultados bastante semelhantes quanto à decisão. Tomar-se-á, a fim de análise no presente estudo, um dos argumentos sustentados pelo Ministro Eros Graus, relator da ação ora em comento, externado no § 39 de seu voto:

> É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma a inicial, "se procurou"[sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 ---assumida.(...) **Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada**. (grifo nosso.)

Pode-se perceber, da leitura desse extrato do voto do Min. Eros Grau, que a proposta para interpretação da Lei n. 6.683/79, mais precisamente da interpretação do dispositivo dessa norma legal que se refere à possibilidade de realização da persecução penal em relação aos agentes da repressão que cometeram crimes contra os insurgentes ao regime ditatorial, parece se reportar a um dos métodos clássicos da hermenêutica, o histórico. Através desse método o intérprete tenta retomar a gênese da norma.

E é desta forma que se justifica a interpretação externada pelo Min. Eros Grau ao tentar reconstruir, a partir dos referenciais esboçados no aludido voto, as circunstâncias que contribuíram para a conformação da Lei de Anistia tal

qual ela fora promulgada, assim como relaciona a tais motivações os interesses então dominantes na sociedade brasileira. Verifica-se a presença, talvez não tão evidente, do culto à "vontade do legislador", a partir da busca da intenção existente no momento de realização do instrumento normativo. Mas será que é realmente possível ao aplicador do direito se distanciar de sua realidade, dos discursos que se entrecruzam no seu momento e que o constituem singularmente, a fim de analisar um dispositivo legal? Ou será que a tradição na qual ele se insere irá direcioná-lo para a construção do sentido do texto?

Gadamer evidencia a falha do historicismo, que buscava a interpretação do texto elaborado em época distante, a partir da perspectiva do tempo mesmo em que o texto fora realizado:

> (...) o tempo não é um precipício que devamos transpor para recuperarmos o passado; é, na realidade, o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes. A "distância temporal" não é uma distância no sentido de uma distância que deva ser transposta ou vencida. Esse era o preconceito ingênuo do historicismo, que acreditava poder alcançar o terreno da objetividade histórica através de um esforço para se colocar na perspectiva da época estudada e pensar com os conceitos e representações que lhes eram "próprias". Trata-se, na verdade, de considerar a "distância temporal" como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão. Não é uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, tudo o que nos é transmitido faz sua aparição. (2003, p. 67).

Percebe-se, assim, que não há como cindir o momento em que o intérprete está no mundo e aquele sobre o qual ele se debruça no passado distante buscando uma interpretação cristalina original, porquanto o tempo atual, com suas ideologias, crenças, saberes e sentir constroem o sujeito, o qual não consegue se dissociar daquilo que ele é-no-mundo.

Ao se apontar essas questões, não se está afirmando que a interpretação do texto consiste na opinião exclusiva do intérprete, naquilo que ele pensa e entende sobre o que lhe foi objeto de análise; quer-se estabelecer a relação indissociável da realidade na qual o sujeito é construído e suas possíveis interpretações. Pontua-se a existência do indivíduo em determinado momento

histórico, o que em conformidade com Gadamer seria o *dasein* heideggeriano, o ser-no-mundo, ou seja, a construção do sujeito seria pautada na relação que ele tem com o mundo à sua volta, que o constitui.

Portanto, a tentativa de realização de busca da vontade do legislador originário, através do método clássico de interpretação histórico, não se considera possível a partir da hermenêutica gadameriana, isto porque o sujeito só tem existência no mundo materializando-se a sua história. A tradição na qual ele está inserido necessariamente fará parte de sua compreensão do caso concreto. E, nesta perspectiva, a reprodução de um determinado sentido que teria sido construído em momento histórico distinto daquele vivenciado pelo sujeito intérprete, como o pretendeu o Min. Eros Grau no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, não se torna tarefa possível. A reprodução de um sentido verdadeiro e cristalino, para Gadamer, não seria possibilitada, vez que o ato de interpretar é sempre ato de produção de sentido.

Esse é também o entendimento de Streck:

> O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão. Como já se viu, é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung)*, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. (2012, p. 265).

Desta forma, a partir da teoria da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer não haveria como se tentar olhar o passado sem a lente do presente. Passado e presente estariam então relacionados no momento em que se tenta, na atualidade, interpretar algo ocorrido anteriormente. É assim que se estabelece a fusão de horizontes: o do intérprete, que somente pode ser o da atualidade, o do seu momento histórico, pois é neste que ele é construído, no qual ele forma suas pré-compreensões; e o do momento a se interpretar. Na tarefa de compreender algo ocorrido no passado sempre irá ocorrer uma fusão de horizontes. Portanto, a análise da constitucionalidade da Lei de anistia

através do método hermenêutico histórico, como externado pelo Min. Eros Grau em seu voto, não se demonstra adequado e real.

5 CONCLUSÃO

Esse estudo tenta apontar como foi possível a emergência do discurso da anistia ampla, geral e irrestrita beneficiária aos agentes do regime político militar vivenciado no Brasil no período de 1964 a 1985, a partir da teoria foucaultiana da arqueologia do saber, articulando-se determinadas condições presentes naquele momento histórico que viabilizaram o surgimento da Lei 6.683/79 (Lei da anistia), veículo do discurso analisado.

De outro lado, situa-se como o atual discurso presente em cenário internacional de respeito aos direitos humanos possibilita o questionamento da validade do dispositivo legal que estendeu a concessão de anistia aos agentes da repressão militar, sobretudo tomando-se por parâmetro uma nova ordem jurídica brasileira instituída através da Constituição Federal de 1988, que inaugura o Estado Democrático de Direito e enfatiza o respeito aos direitos fundamentais.

Busca-se, assim, demonstrar como uma das teses que servem de fundamento à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, especificamente a ideia de validade da Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia) justificada pela manutenção da coerência com o momento histórico em que o referido instrumento legal foi promulgado não consegue ser sustentável a partir da hermenêutica gadameriana, através da qual o indivíduo só consegue realizar a tarefa de interpretar permeado pelo mundo que o constrói e que o possibilita a construção de sentidos, pois é na tradição em que se encontra que o sujeito adquire suas pré-compreensões, presentes no momento de compreender/interpretar o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia. In: **Revista NEJ** – eletrônica, vol. 17, n. 2, p. 185-205, 2012.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] república Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivl_03/Leis/L6683.htm. Acesso em: 13 jul. 2013.

______. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, p. 1-266, 6 ago. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Barrios Altos vs. Perú,** Exceções Preliminares, fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 75, de 14 de março de 2001.

______. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,** Exceções Preliminares, fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 154, de 26 de setembro de 2006.

______. **Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil,** Exceções Preliminares, fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

__________. **Microfísica do poder**. Tradução e organização Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer, 12. ed., Petrópolis: Vozes, 2012.

____________. **O problema da consciência histórica.** Tradução Paulo César Duque Estrada, 2.ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

PRESSOT, Aline. Celebrando a "Revolução": as Marchas da Família com Deus pela Liberdade e o Golpe de 1964. In: ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz (Org.) **A construção social dos regimes autoritários: Brasil e América Latina**, v. II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 71-96.

ROLLEMBERG, Denise. As trincheiras da memória. A Associação Brasileira de Imprensa e a ditadura (1964-1974). In: _________; QUADRAT, Samantha Viz (Org.) **A construção social dos regimes autoritários: Brasil e América Latina**, v. II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 97-144.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

____________. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2005, vol. 46, p. 55-86.